

Revisitando o princípio da tipicidade dos direitos reais

(Working Paper/Documento de Trabalho)

Centro de Estudos Judiciários

Temas de Direito Civil e de Processo Civil – Direitos Reais

23 de Maio de 2014

Henrique Sousa Antunes¹

Numa qualquer exposição clássica sobre os direitos reais, o princípio da tipicidade é convocado para o enquadramento das suas normas e respectivos efeitos. No direito português, o artigo 1306.º do Código Civil ² prevê o *numerus clausus* das restrições ao direito de propriedade ou das figuras parcelares deste direito.

A interpretação tradicional da disposição vincula os particulares ao catálogo dos direitos reais que a lei prevê, incluindo, naquela categoria, as suas diversas modalidades, de gozo, de garantia e de aquisição. São argumentos ponderosos as razões que justificam a previsão exaustiva dos direitos reais. A eles regressamos. E, no entanto, o contexto sócio-económico presente, a dinâmica jurídica actual e as experiências de direito comparado legitimam uma reflexão sobre a manutenção dos pressupostos que orientam a doutrina e a jurisprudência.

1. O objecto do princípio da tipicidade (I): os direitos - Em nosso entender, o princípio da tipicidade parece vocacionado para os direitos reais de garantia e os direitos reais de aquisição ³. O artigo 1306.º veda a constituição voluntária, com eficácia real, de

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

² Sempre que não se apure indicação diversa, os preceitos citados são do Código Civil português.

³ Considerando, aliás, que a tipicidade regula a atribuição de um direito a terceiro: «Para se falar de direitos teria de se pressupor sempre um beneficiário destas situações, um titular duma posição activa que seria contrapartida da restrição. Mas esta posição activa pode faltar. Efectivamente, o titular de um direito real (determinado, portanto, *propter rem*) pode ser atingido por uma vinculação, sem que se encontre o correlativo beneficiário, pelo menos actualmente. Assim aconteceria se se estabelecesse simplesmente que certos bens ficavam sujeitos ao regime da impenhorabilidade, ou se tornavam inalienáveis. Da mesma forma, pode o testador limitar a propriedade a determinado prazo de duração – por trinta, por setenta anos... Desde que não se preveja a reversão para terceira pessoa no fim desse prazo, não haveria um sujeito activo a beneficiar da contrapartida da restrição; e todavia essa restrição não pode deixar de se considerar proibida. Essa distinção traz a chave do regime legal. As restrições em que tanto se pode encontrar como não um beneficiário activo foram afastadas, pelo legislador, do art. 1306.º, 1. O sistema da lei parece claro: só as restrições que são a necessária contrapartida da constituição de direitos reais,

restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito sem correspondência na lei. Independentemente do âmbito da conversão legal a que o legislador submete o efeito jurídico criado pelas partes, um direito real de gozo atípico (pense-se, por exemplo, numa superfície irregular ou numa servidão pessoal) tem natureza obrigacional ⁴. O direito e o correspondente dever restringir-se-iam às partes, sem reflexo na posição jurídica de terceiros. Tratar-se-ia de um direito relativo. E essa é a principal consequência da tipicidade: só são absolutos os direitos que a lei enumera e regula ⁵.

Ora, verdadeiramente, só nos direitos reais de garantia e nos direitos reais de aquisição a afectação da coisa tem, primariamente, uma natureza absoluta. Esses direitos nascem para serem opostos a terceiros. A intencionalidade é a oposição e não a mera oponibilidade. Já nos direitos reais de gozo menores, a vontade das partes é dirigida à permissão de utilização de uma coisa corpórea conferida por um titular à contraparte. A natureza absoluta do direito faz parte da sua tutela, mas não do seu objecto. Assim, há uma estrutura de relacionamento pessoal cuja dimensão da eficácia entre as partes depende da sua vontade.

É certo que o regime do artigo 1306.º compreende os negócios jurídicos em que a preferência do titular em relação a terceiros é efeito necessário do negócio e não o

como o penhor e o usufruto, estão incluídas naquele preceito» (José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, pág. 316). Na ausência de um sujeito activo, a ilegitimidade é fundada em «preceitos especiais da lei, dos quais podemos extrair um princípio. Temos desde logo o art. 1307.º/2, determinando que a propriedade temporária só é admitida nos casos especialmente previstos na lei. Estabelece-se pois uma tipicidade, mas que a própria colocação do preceito demonstra que é diversa da tipicidade dos direitos reais. Se por exemplo alguém, em testamento, estabelecer que a propriedade do herdeiro durará apenas 20 anos, findos os quais a coisa fica *nullius*, teríamos uma situação desta índole, uma vez que não há sujeito activo, mas que é ilícita porque não é normativamente prevista» (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª ed., Coimbra, 2000, pág. 245).

⁴ Em sentido crítico à opção do legislador e ao alcance da conversão legal, ver José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, cit., págs. 159 e segs. Consideram que a referência normativa limita a conversão legal às restrições, excluindo da aplicação desse regime a criação de figuras parcelares do direito de propriedade, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1997, págs. 98 e segs. (admitem, no entanto, a prova em contrário acerca das restrições e a conversão comum, na hipótese do parcelamento da propriedade) e Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Lisboa, 2009, págs. 86 e segs. (afasta a demonstração de uma vontade contrária à subsistência de uma relação creditícia e a viabilidade do recurso à conversão comum se de um parcelamento de propriedade se tratar). Esta última é, também, a nossa opinião.

⁵ Escreve José Andrade Mesquita: «A primeira das normas citadas (artigo 1306.º, n.º 1), ao enunciar o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais, afirmando expressamente que, fora dos tipos previstos, apenas pode haver direitos de “natureza obrigacional”, pretende estabelecer que estes direitos são estruturalmente relativos, isto é, que vinculam apenas o credor e o devedor e que, portanto, não podem constituir-se como absolutos, com as típicas manifestações de inerência» (*Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, 1999, pág. 162).

motivo da sua celebração, mas a interpretação sistemática da lei civil portuguesa aclara a menor relevância da conversão legal nos direitos reais de gozo atípicos. Submetidos à eficácia obrigacional, esses direitos conservam a sua finalidade de gozo e, enquanto direitos pessoais, seguem o regime do artigo 407.º e a regra da prioridade temporal aí prevista: «Quando, por contratos sucessivos, se constituírem, a favor de pessoas diferentes, mas sobre a mesma coisa, direitos pessoais de gozo incompatíveis entre si, prevalece o direito mais antigo em data, sem prejuízo das regras próprias do registo». O direito conservaria, pois, a sua natureza absoluta.

O artigo 407.º, porque dispõe sobre poderes que, à semelhança do que sucede nos direitos reais, retiram do aproveitamento das utilidades de uma coisa corpórea o seu fundamento, confere aos direitos pessoais de gozo a mesma eficácia dos direitos reais, designadamente a prioridade temporal ⁶. E essa prioridade afirma-se mesmo que de um conflito com estes direitos reais de trate.

A oponibilidade e a prioridade dos direitos pessoais de gozo têm o mesmo fundamento que atribui aos direitos reais a natureza absoluta e a prevalência: o gozo de uma coisa certa e determinada. O direito é exercido sem a intermediação de uma prestação e a conduta da outra parte é, tão-só, uma vicissitude modificativa ou extintiva da situação jurídica. A acessoriedade do vínculo contratual é insuficiente para descaracterizar o direito como um feixe de poderes de uso e/ou de fruição de uma coisa corpórea.

A natureza dos direitos pessoais de gozo e a aplicabilidade, nesse âmbito, dos meios de defesa possessórios permite interpretar o artigo 407.º em sentido análogo à leitura do artigo 1057.º e do princípio *emptio non tollit locatum*, isto é, da subsistência da relação locativa na hipótese de transmissão da posição do locador.

É outra a orientação dominante no direito português. Prevalece a dimensão relativa dos direitos pessoais de gozo e, conseqüentemente, ao seu exercício é oposta a liberdade do terceiro, pois em relação a este «o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei» (artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil). Considerando que

⁶ Concede-se, pois, que a entrega da coisa constitua um pressuposto da norma. O artigo 407.º não tem aplicação na fase creditícia, ou seja, em que tão-só se apura a faculdade de exigir aquela entrega. Assim se pronuncia José Andrade Mesquita, *Direitos Pessoais de Gozo*, cit., págs. 191 e segs.

o direito subsiste na órbita do contrato que o atribuiu e que esse acordo tão-só às partes respeita, o direito permanece, pois, disponível pelo devedor, sem prejuízo da sua responsabilidade ⁷.

Refutamos este entendimento ⁸. Várias razões nos acompanham:

- a) Desde logo, é equívoco identificar o contrato com o direito que ele constitui ou transmite. É esta construção que permite objectar à utilização do artigo 406.º, n.º 2, como ponderoso argumento adverso ao reconhecimento da eficácia externa das obrigações. Ou seja, há uma dimensão de autonomia dos direitos que, mesmo em graus diferentes, é partilhada por direitos absolutos e direitos relativos. Assim, aos direitos de crédito em geral, vem reconhecendo a doutrina a adequação de um dever geral de respeito, fundamentando o dever de um terceiro indemnizar os danos causados pela violação consciente do crédito alheio. O vínculo obrigacional testemunha a ampliação da sua eficácia, mesmo que o comportamento do lesante não constitua um abuso do direito ⁹. Entretanto,

⁷ Ver, entre outros, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, Coimbra, 2012, págs. 227 e segs. Escreve o autor: «Ainda que implique a atribuição de poderes sobre uma *res* (...) o direito de crédito não grava dominialmente essa *res*, sendo esses poderes (...) mediatados ou propiciados pela actuação do concedente. Vindo um terceiro, estranho a essa relação, a ter direito real de algum modo conflituante com esse direito de crédito – e sê-lo-á sempre que o direito de crédito atribua qualquer daqueles poderes sobre a coisa –, o vínculo estabelecido com o anterior sujeito do domínio não subsiste em confronto do novo, salvo se este pessoalmente o reafirma. É o que classicamente se exprime no célebre aforismo «emptio tollit locatum», com vista ao contrato de locação, que era aquele em que mais o problema se punha» (pág. 227).

⁸ Escreve A. Menezes Cordeiro: «Sabemos que provocaria grande escândalo a proclamação de todos os direitos de gozo como reais. (...) De qualquer forma, chamamos já a atenção para o facto seguinte: havendo gozo de uma coisa, há o efectivo aproveitamento das suas qualidades próprias; sendo o gozo lícito, esse aproveitamento é permitido e protegido pelo direito. Há uma afectação de uma coisa corpórea! Se essa afectação não for jurídica, então é casual e cabe perguntar porque lhe consagra o Código Civil tantos artigos. Pelo menos pensamos que quem entender não existirem aqui alguns elementos reais terá de o demonstrar» (*Direitos Reais*, Lisboa, 1993 (reimpressão), págs. 361 e seg.). No sentido da qualificação dos direitos pessoais como reais, ver o texto de A. Menezes Cordeiro, *Da Natureza do Direito do Locatário*, separata da «Revista da Ordem dos Advogados», Lisboa, 1980. Aceitando, posteriormente, a distinção das categorias, embora por razões histórico-culturais, em *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, Coimbra, 1997, págs. 72 e seg., lê-se: «Os direitos pessoais de gozo serão, assim, direitos de gozo, estruturalmente reais, mas que, por provirem de situações jurídicas defendidas, no Direito romano, por *actiones in personam*, não são, hoje, reconhecidos como reais. Sendo puramente sistemática, esta clivagem tem consequências a nível do regime: bloqueia, no tocante à aplicação de certos institutos reais, as normas que não sejam predispostas, pela lei, como aplicáveis. Tal o caso da usucapião, viável, por via do artigo 1287.º, implicitamente e dos artigos 1316.º (propriedade), 1440.º (usufruto), 1528.º (superfície) e 1547.º, n.º 1 (servidão), apenas, perante o elenco mais tradicional dos direitos reais de gozo. Não há razões racionais que o expliquem: apenas a tradição jurídico-cultural, decisiva, no Direito civil» (pág. 73). A oponibilidade *erga omnes* dos direitos pessoais de gozo parece admitida, porque não excluída pela lei.

⁹ Ver a este respeito, e por todos, a evolução do pensamento de A. Menezes Cordeiro, restringindo, agora, a responsabilidade do terceiro pela violação de um direito de crédito ao abuso do direito (a título ilustrativo, *Direitos Reais*, cit., págs. 307 e segs., e *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*, in «O

se a necessidade de eticização dos comportamentos negociais justifica a vinculação de terceiros a direitos pré-existentes, a natureza do objecto delimita o seu alcance. Se o direito respeita a uma prestação de facto ou, mediatamente, a uma prestação de coisa, o devedor retém, por natureza ou por escolha, o objecto correspondente. A violação do direito por prestação a terceiro precede, nesse caso, a cessação da eficácia constitutiva do contrato. Só isso explica que o devedor deva, apenas, indemnizar o credor, sem que o direito deste prefira à situação jurídica do terceiro ¹⁰. Reitera-se: porque o direito permanece em dependência genética do contrato, de uma prestação positiva do devedor.

- b) Nos direitos pessoais de gozo, a autonomização do direito relativamente ao seu momento constitutivo é plena. A eficácia do contrato é restringida à modificação ou extinção do direito. Nos direitos reais, a dissemelhança, pretendida pelos autores, é aparente. Na sua génese, o direito emancipa-se do contrato, mas este influencia a subsistência daquele. Assim, a hipótese de uma alienação sucessiva a terceiro que regista e está de boa fé constitui a violação de um dever negativo de prestação compreendido na relação obrigacional complexa que liga o vendedor ao primeiro adquirente. O direito nasceu, mas tornou-se ineficaz ou, mesmo, extinguiu-se. Outros exemplos: a extinção dos direitos reais pelo não uso (artigo 298.º, n.º 3); a regulação dos direitos e obrigações do usufrutuário, do usuário e do titular do direito de habitação pelo título constitutivo (artigos 1445.º e 1485.º); a extinção do direito de superfície se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo acordado com o fundeiro (artigo 1536.º, n.º 1, al. a)); a extinção das servidões legais, incluindo as tituladas por

Direito», ano 141.º (2009), I, págs. 29 e segs.) e, em defesa da aplicação do princípio da responsabilidade civil previsto no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, E. Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra, 2003.

¹⁰ Escreve Orlando de Carvalho: «E até talvez tenha a dizer-se que isto (o disposto no artigo 407.º) é uma lógica consequência do princípio geral da aquisição derivada de direitos – da regra «nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet»-, visto que a constituição ou transmissão em favor de alguém de um direito de crédito não deixa de importar de certo modo uma privação nos poderes jurídicos da pessoa que a efectua ou em nome de quem se efectua e, por conseguinte, uma inibição de proceder, enquanto subsista a primeira, a uma segunda e incompatível constituição ou transmissão. Simplesmente, todos vêem que, sobretudo num direito individualista como o nosso, só muito relativa ou programaticamente isto é assim. A característica da prevalência não é conatural aos direitos de crédito, que assentam fundamentalmente no compromisso do devedor, cuja liberdade negativa se mantém incólume e, portanto, também incólume o seu direito de não cumprir (ou melhor, o seu direito de não ser coagido a cumprir). Deste modo, se o devedor, não cumprindo, efectuar uma segunda e incompatível transmissão, o que resta, em princípio, ao credor é apenas a indemnização de perdas e danos. A segunda transmissão prevalece, contra o sistema da prioridade cronológica» (*Direito das Coisas*, cit., págs. 228 e seg.).

um contrato, se o proprietário do prédio serviente provar a desnecessidade do encargo para o prédio dominante (artigo 1569.º, n.ºs 2 e 3).

- c) Com manifesta adesão da doutrina, têm justificado a preferência dos direitos reais sobre os direitos pessoais de gozo as normas que estabelecem a extinção dos direitos pessoais com fundamento na cessação dos direitos que lhes servem de base ¹¹. Trata-se, no entanto, de uma cessação objectiva e não de uma transmissão, à semelhança do que acontece, aliás, com os direitos reais. A nosso ver, a orientação maioritária interpreta a cessação do direito anterior à luz de uma compreensão apriorística da relatividade do direito de crédito, concluindo que a transmissão daquele implica a extinção deste. Julgamos tratar-se de uma petição de princípio, pois, em bom rigor, tomando como exemplo o contrato de locação, embora este caduque «quando cesse o direito» (artigo 1051.º, c)), o artigo 1057.º, já citado, prevê a transmissão da posição do locador, ou seja, a subsistência da locação, apesar da transmissão do direito que lhe serviu de fundamento. A cessação não pode ser interpretada diversamente de uma extinção do direito. A este respeito, veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 1539.º, n.º 1: «A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro». Esta interpretação está, também, em linha com a equiparação da constituição de direitos pessoais de gozo à disposição da coisa no regime dos efeitos do casamento quanto aos bens dos cônjuges (artigo 1682.º-A).

É significativo, no contexto referido, o disposto no artigo 1130.º a respeito do contrato de comodato. A remissão do n.º 2 para as alíneas a) e b) do artigo 1052.º, sobre as excepções à caducidade do contrato de locação, aclara o objecto da norma e reconhece a preferência do direito pessoal de gozo em razão da sua prioridade temporal. Vejamos. O artigo 1130.º, n.º 1, e conjugadamente com o artigo 1141.º (norma que identifica a caducidade do contrato com a morte do comodatário), esclarece o significado de cessação do direito. Lê-se: «Se o

¹¹ Ver, neste sentido, José Andrade Mesquita: «(...) os direitos pessoais de gozo, devido à sua relatividade estrutural, caracterizam-se, em regra, por falta de inerência. Assim, o comodato, as servidões irregulares, a parceria pecuária, etc., cessam caso o direito com base no qual foram constituídos seja transferido para um terceiro. Quando o direito pessoal de gozo assenta num subcontrato, caduca se caducar o contrato principal» (*Direitos Pessoais de Gozo*, cit., pág. 165).

comodante emprestar a coisa com base num direito de duração limitada, não pode o contrato ser celebrado por tempo superior; e, quando o seja, reduzir-se-á ao limite de duração desse direito». Escrevem Pires de Lima e Antunes Varela: «O disposto no artigo 1130.º aproxima-se do disposto na alínea c) do artigo 1051.º e no artigo 1123.º. Tanto no comodato, como na locação ou na parceria pecuária, se cessarem os poderes com base nos quais foi celebrado o contrato, cessa a situação dele resultante. Não faria, realmente, sentido que este princípio de caducidade vigorasse (...) em relação à locação (relação jurídica cuja consistência a lei visa especialmente fortalecer) e não fosse aplicável a uma relação bastante mais precária, na sua consistência, fundada em razões de mera cortesia, como é o comodato. O caso mais vulgar é o do contrato celebrado pelo usufrutuário. Se o usufruto é vitalício, o comodato cessa pela morte do comodante; se o usufruto é a prazo, cessa pelo decurso deste»¹². Ora, segundo o artigo 1052.º, b), o direito do comodatário acompanha a transmissão do direito real que lhe serve de fundamento: «o contrato de locação não caduca se o usufrutuário alienar ou renunciar a ele, pois nestes casos o contrato só caduca pelo termo normal do usufruto».

No mesmo sentido, o comentário de Pires de Lima e de Antunes Varela sobre o âmbito do artigo 1130.º é claro a respeito da prevalência do direito pessoal de gozo: «É doutrina assente que o proprietário, quando sobre a coisa incida um direito de usufruto, não a pode dar em comodato, pois não tem sobre ela o direito de uso e fruição (...). *Se, porém, o comodato tiver sido celebrado pelo proprietário, e só posteriormente este perder o usufruto, mantendo a raiz, o contrato mantém-se.* É que o direito de propriedade, com base no qual o contrato foi celebrado, não é um direito de duração limitada, e só a estes faz referência o artigo 1130.º» (itálico nosso)¹³.

- d) Frágeis são, ainda, os argumentos históricos ou económicos que justificam a preferência dos direitos reais, reflectidos na adopção do princípio da tipicidade

¹⁴. Em resultado da filosofia subjacente à Revolução Francesa, a terra foi

¹² *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., pág. 744.

¹³ *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., pág. 744.

¹⁴ Escrevem Pires de Lima e Antunes Varela: «os direitos reais constituem os instrumentos jurídicos que servem de suporte à exploração da riqueza existente em cada País, e os Estados chamam a si, em lugar de a deferirem ao simples critério dos particulares, a definição legal desses instrumentos, nomeadamente no

libertada pela classe burguesa que, então, beneficiava da liberdade contratual ¹⁵. Os tempos modernos confirmaram essa deslocação da riqueza para os direitos de crédito. A tipicidade não é um reflexo da prevalência económico-social dos direitos reais, antes serviu para os conter, inexistindo, pois, qualquer intencionalidade na previsão da eficácia relativa ou absoluta dos direitos respectivos. Escreve E. Santos Júnior: «(...) sempre se notará (...) que não existe nenhuma relação necessária – como a doutrina clássica pretende inculcar – entre o princípio da tipicidade e a dita absolutidade dos direitos reais, entendida como eficácia *erga omnes*, como não a existe entre o princípio de um *numerus apertus* de obrigações e a dita relatividade dos créditos, entendida como inoponibilidade a terceiros. Desde logo, (...) as premissas não estão certas, na medida em que todo o direito subjectivo é potencialmente oponível *erga omnes*. Mas o Direito Comparado também parece desmentir uma tal relação. O que se passa é que o legislador, tendo uma opção, optou por consagrar o princípio da tipicidade quanto aos direitos reais, certamente por os sobrevalorizar socialmente em relação aos outros bens e, por através desse princípio, lhe ser mais possível manter algum controlo “sobre as formas de aproveitamento das coisas”» ¹⁶.

- e) E não se diga diversamente acerca da razão da certeza jurídica que só a tipicidade garante. A atipicidade do conteúdo das servidões prediais e, de forma conjugada, o efeito enunciativo do registo das servidões aparentes anunciam a prevalência de direitos fundamentalmente atípicos e dotados da visibilidade que a posse permite. Veja-se como, segundo o artigo 1.º do Código do Registo Predial, a certeza jurídica tem assento na publicidade. O respeito pelo princípio da tipicidade só garante a prevalência de um direito não registado em relação a terceiros que não apresentem uma melhor posição. De outro modo, aquele direito é paralisado ou, noutra perspectiva, extingue-se. O conhecimento do direito anterior é, a este respeito, relevante. São palavras de E. Santos Júnior: «(...) a tipicidade dos direitos reais facilita um sistema de publicidade legal dos

que toca à propriedade imobiliária» (*Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed. (com a colaboração de M Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, pág. 98).

¹⁵ Ver, nomeadamente, José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., págs. 73 e segs. Lê-se: «Verberou-se a existência de uma pluralidade de vínculos de natureza feudal que impediam a “liberdade” da terra» (pág. 74).

¹⁶ *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 546 e seg.

mesmos, mas não só a atipicidade dos direitos reais não impede a adopção de soluções publicitárias que se imponham, como a questão da publicidade dos direitos não é o mesmo que a oponibilidade deles. A cognoscibilidade dos direitos, através de publicidade legal – que, aliás, não é o único meio de publicidade dos direitos, como sabemos -, desempenha ou pode desempenhar um papel na efectivação da sua oponibilidade, na passagem da oponibilidade *in potentia* a oponibilidade *in actu*, mas desempenhar um papel na efectivação da oponibilidade não é ser esta mesma»¹⁷. No conflito entre direitos pessoais e direitos reais de gozo prevalece a regra da prioridade temporal, temperada pela boa fé do terceiro, como aliás a aplicação dos meios de defesa possessórios dispõe. Só tem legitimidade passiva numa acção de restituição quem tem conhecimento da ofensa do direito alheio¹⁸.

As partes podem, pois, constituir direitos de gozo atípicos, que, com autonomia da sua natureza real ou pessoal, são absolutos. A esse respeito a tipicidade terá finalidade diversa da pretendida pelo legislador. Não se traça uma linha divisória entre os direitos relativos e os direitos absolutos, embora se conserve para os direitos reais os aspectos de regime que restringem as faculdades do proprietário acerca do modo de exercício e das vicissitudes constitutivas, modificativas ou extintivas dos direitos menores¹⁹.

O princípio da tipicidade não tolhe a natureza absoluta dos direitos de gozo, embora conserve para os direitos reais algumas especificidades de regime que procedem de um sentido especial da inerência. Na verdade, a eficácia real de um contrato que constituiu ou transmitiu um direito converte-se, em geral, numa *pós-eficácia obrigacional* a respeito do exercício das faculdades respectivas sobre a coisa. Em sentido diferente, o

¹⁷ *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 547.

¹⁸ Escreve Manuel Henrique Mesquita, a respeito da locação: «(...) no respeitante aos subadquirentes da coisa, também só é razoável impor-lhes o respeito da relação locativa quando eles, à data da celebração do negócio aquisitivo, tenham possibilidade de conhecer a sua existência, precisamente através da relação de gozo que a exterioriza ou lhe confere publicidade. Deve, pois, fazer-se uma interpretação restritiva do art. 1057.º, limitando a aplicação da regra que nele se contém aos casos em que, à data da alienação do direito do locador sobre a coisa locada, o locatário tenha iniciado já o gozo desta. De resto, na resolução de um problema paralelo – o da defesa da relação locativa contra actos de terceiro -, o art. 1037.º, n.º 1, só permite que o locatário actue autonomamente (isto é, sem necessidade de intervenção do locador) quando se encontre já no uso ou fruição da coisa locada» (*Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, pág. 141, nota 19 da página anterior).

¹⁹ Ver, a este último respeito, Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, 2005, págs. 246 e segs.

titular do direito pessoal de gozo renova a origem desse direito nas suas vicissitudes. Assim, percebe-se que a usucapião seja restringida aos direitos reais ²⁰.

Há, enfim, um núcleo comum intangível que equipara os direitos pessoais aos direitos reais de gozo. São excluídas prestações positivas do conteúdo relacional do direito. As obrigações são admitidas quando, previstas pelas partes ou pela lei, se revelam secundárias ou acessórias do gozo da coisa. Escreve José Andrade Mesquita: «O titular de um direito de gozo pode satisfazer o seu interesse mediante o simples exercício dos poderes que lhe assistem, atingindo directamente a coisa que constitui objecto do direito. A característica da imediação, ao contrário do que entende a generalidade da doutrina, que apenas a reconhece aos direitos reais, é imanente a todos os direitos de gozo (sejam reais ou pessoais)» ²¹. Deste modo, é possível distinguir uma estrutura complexa: «A zona periférica, sendo de vital importância para o nascimento, a manutenção e, até, para a caracterização de um direito de gozo, não efectiva o gozo da coisa, limitando-se a possibilitá-lo. Deve falar-se em zona periférica para integrar as obrigações, positivas ou negativas, existentes nos direitos pessoais de gozo. (...) O núcleo central do direito pessoal de gozo é constituído pelo direito de retirar certas utilidades da coisa. Assim, o locatário pode gozar a coisa para os fins a que esta se destina; o comodatário, em princípio, só pode usar a coisa; e o titular de uma servidão irregular pode retirar da coisa apenas determinadas utilidades que são objecto do seu direito» ²².

O princípio da tipicidade escrutina os direitos reais e, onde as prestações positivas caracterizem o direito sem fundamento legal, sanciona a violação do *numerus clausus* com a conversão em direitos de crédito que não participam do regime dos direitos pessoais de gozo. Nas palavras de Manuel Henrique Mesquita: «Para que de um direito

²⁰ Neste sentido, José Andrade Mesquita, *Direitos Pessoais de Gozo*, cit., págs. 155 e seg., e Elsa Sequeira Santos, *Analogia e Tipicidade em Direitos Reais*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles» (organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), IV volume (*Novos Estudos de Direito Privado*), Coimbra, 2003, pág. 491. Aceita a solução, apenas por razões histórico-culturais, Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, pág. 73. Em sentido diferente, admitem a usucapião em relação à locação, por exemplo, C. A. da Mota Pinto (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga), *Direitos Reais*, Coimbra, 1971, págs. 157 e segs., Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., págs. 184, e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 248.

²¹ *Direitos Pessoais de Gozo*, cit., pág. 13.

²² *Direitos Pessoais de Gozo*, cit., pág. 166. Ver, no mesmo sentido, Mónica Jardim, *Os Direitos Reais e os Direitos Pessoais: Distinções e Aproximações*, in «Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registas», 1, Coimbra, 2013, págs. 67 e segs.

real possa falar-se é imprescindível que uma coisa esteja directamente subordinada ao domínio de uma pessoa (...). Do estatuto deste domínio podem fazer parte, é certo, sujeições de natureza obrigacional, mas sempre como um elemento acessório ou adminicular do direito – em certos casos, como um “preço” que a ordem jurídica exige pela atribuição da soberania sobre a coisa e, noutros, como uma vinculação considerada indispensável ou útil para harmonizar várias esferas de soberania que tenham por objecto a mesma coisa ou coisas em situação de proximidade»²³.

2. O objecto do princípio da tipicidade (II): os deveres – Considerando, agora, o lado passivo, isto é, os deveres que oneram os titulares de direitos reais em razão dessa titularidade, somos de parecer contrário à sujeição de qualquer obrigação *propter rem* ao princípio da tipicidade, antes optando pela sua circunscrição às prestações que descaracterizam o direito real.

Segundo Manuel Henrique Mesquita, «as obrigações *propter rem* existem apenas nos casos previstos na lei. É que, decorrendo tais obrigações do estatuto dos direitos reais, elas encontram-se subordinadas aos mesmos princípios que regem este estatuto, designadamente ao princípio da taxatividade do conteúdo dos *iura in re*, e, por conseguinte, só podem revestir natureza *propter rem* as obrigações que têm a sua fonte no regime legal dos direitos sobre as coisas e as que a lei, excepcionalmente, permite constituir por via negocial, quando consente que os particulares intervenham na modelação daquele regime e sujeitem o titular de um *ius in re* a vinculações de conteúdo positivo»²⁴.

Ora, se o conhecimento por terceiros constitui um relevante fundamento da tipicidade, é o próprio autor a reconhecer que «devem (...) considerar-se ambulatorias (...) as obrigações *propter rem* que imponham a prática de actos materiais na coisa sobre que o direito real incide, como ainda todas aquelas cuja existência seja denunciada ou indiciada pela situação em que a coisa ostensivamente se encontre»²⁵. Os demais deveres de prestar não acompanham a transmissão do direito real.

²³ *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., págs. 115 e seg.

²⁴ *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., págs. 290 e 348.

²⁵ *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., págs. 342 e seg.

Ou seja, porque a publicidade é um instrumento eficaz da segurança no comércio jurídico imobiliário, as obrigações que se revelem ao terceiro são transmissíveis. E tão-só quem funda a tipicidade na «conveniência em não sujeitar o estatuto dos bens a vinculações desmotivadoras do seu pleno aproveitamento económico»²⁶ pode a ela subordinar as obrigações reais não ambulatorias²⁷. Afirmada fica a nossa divergência em relação a essa extensão. Como veremos, alarga-se o número daqueles que identificam a previsão do princípio da tipicidade como causa de limitação ao desenvolvimento das relações económico-sociais e a publicidade, onde exista, retira um amplo espaço argumentativo aos defensores desse princípio.

Insiste-se: o princípio da tipicidade aplica-se aos deveres que descaracterizam o direito real. Utilizando o exemplo de Manuel Henrique Mesquita: «O núcleo de um direito de servidão (...) traduz-se sempre (...) em certa soberania do respectivo titular sobre o prédio serviente. A sujeição do proprietário deste imóvel a prestações de conteúdo positivo só é admitida pela lei (artigo 1567.º, n.º 4) em relação às obras necessárias ao exercício da servidão (um aqueduto, um caminho, etc.) e, portanto, como um elemento acessório desta – como uma vinculação posta ao serviço da relação de soberania, não podendo convencionar-se, com eficácia *erga omnes*, uma obrigação que não obedeça a este nexó de instrumentalidade. O Código Civil suíço contém, a tal respeito, uma formulação modelar. Após se definir a servidão, no primeiro parágrafo do artigo 730, como um encargo incidente sobre um prédio em proveito de outro prédio, vinculando o proprietário serviente a suportar certos actos de uso por parte do proprietário dominante, ou a não exercer certos poderes inerentes à propriedade, acrescenta-se o seguinte na última parte do preceito: «Uma obrigação de prestação de facto positivo não pode ser ligada à servidão senão acessoriamente (*nebensächlich*)»²⁸.

Neste contexto, ainda, o direito português veda a propriedade fiduciária que a experiência do direito comparado vem encontrando, pois a transmissão da propriedade

²⁶ Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., pág. 288.

²⁷ Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., págs. 348 e segs. José Alberto Vieira subordina ao princípio da tipicidade todas as obrigações reais, pois, integrando o conteúdo do direito real, vinculam o adquirente, sem publicidade autónoma (*Direitos Reais*, Coimbra, 2008, págs. 110 e segs.). Assim, «os particulares podem prever negocialmente obrigações *propter rem* sempre que se trate de regime supletivo legal e no âmbito deste. Fora das hipóteses em que a lei contemple a conformação do exercício do direito real pelos particulares, as obrigações *propter rem* não serão válidas como tal, podendo valer somente como obrigações gerais, sujeitas ao regime do Direito das Obrigações e não fazendo parte do conteúdo do direito real» (José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., pág. 112).

²⁸ *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., nota 38 da pág. 117.

serve, entre outros fins essenciais, o propósito de realização de prestações positivas ao beneficiário ²⁹. O *trust* requer, pois, uma expressa consagração legislativa ³⁰. Diversamente, o princípio da tipicidade é incompetente para restringir a transferência do direito de construir. É uma faculdade de gozo que pode ser transmitida livremente, pois desacompanhada da sujeição do transmitente a um dever oculto de prestar ³¹.

Julga-se relevante o lugar paralelo que a teoria e a prática dos direitos reais em Portugal vêm reconhecendo na constituição da propriedade horizontal em direito de superfície. Embora o direito de superfície possa tornar temporário o direito perpétuo de propriedade horizontal e prive os condóminos da titularidade do solo, o que significaria, em bom rigor, restringir o direito de propriedade sem previsão expressa na lei, a conjugação dos direitos tem sido admitida ³². O que, a nosso ver, justifica essa prática é a circunstância de a constituição do novo direito de gozo ser desacompanhada de qualquer novo dever principal de prestação do proprietário do solo, do superficiário ou do condómino ³³.

A publicidade garante o estatuto real das demais obrigações *propter rem*. A lei presta um relevante argumento a este entendimento ao prever a atipicidade do conteúdo das servidões. São direitos de gozo que as partes podem moldar no preenchimento da condição de um encargo num prédio em benefício de outro prédio. As obrigações são registáveis e, de qualquer forma, podem revelar-se por sinais visíveis e permanentes.

3. O objecto do princípio da tipicidade (III): a analogia - É, ainda, na restrição da tipicidade aos elementos caracterizadores do direito que encontramos espaço para a

²⁹ Por todos, ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, Coimbra, 1999, págs. 19 e seg.

³⁰ Ver Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, cit., págs. 286 e segs.

³¹ Sobre a natureza jurídica desse negócio, ver Cláudio Monteiro, *O Domínio da Cidade. A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, Lisboa, 2013, pág. 616, nota 1540.

³² A este respeito, Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., págs. 435 e seg.

³³ Veja-se, no entanto, a opinião diversa de José de Oliveira Ascensão, acerca da compatibilidade da combinação de direitos reais com o princípio da tipicidade: «(...) o direito real complexo não é a soma dos direitos reais simples que possam concorrer em dada situação: é antes uma entidade autónoma que funciona como a fonte desses direitos mas não está dependente deles, nem deles se esgota. Quer dizer, o direito real complexo é uma unidade nova: não é uma figura colectiva, é antes um composto. Como tal, esse novo tipo de direito real ou está incluído na tipologia normativa, ou não pode ser admitido. Assim seria se se quisesse suprir uma eventual falta de previsão da anticrese pela elaboração de um direito complexo, em que se combinassem a hipoteca e o usufruto, aglutinados de modo a estarem sujeitos às mesmas vicissitudes e receberem um regime comum, diverso do de cada figura tomada por si» (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 200).

defesa da aplicação analógica, entre os direitos reais, de normas que respeitem às suas vicissitudes ³⁴. O artigo 1306.º estabelece uma tipologia dos direitos reais, delimitando o alcance dos direitos afins. O espaço da categoria real é impermeável, nos termos assinalados, à autonomia dos particulares, no desempenho da sua vontade constitutiva ³⁵. Os interessados podem, no entanto, modelar o conteúdo das suas relações em virtude das permissões legais ³⁷. É, também, o alcance da actividade integradora do intérprete. E a lei é dotada de mobilidade, embora com importantes ressalvas.

O artigo 1305.º constitui a principal limitação à analogia: «O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas». A norma parece desempenhar uma tripla função: acolhe a dimensão social da propriedade,

³⁴ Escreve José de Oliveira Ascensão: «Todas as disposições respeitantes a factos jurídicos com efeitos reais devem pois ser consideradas normalmente como supletivas, mesmo que respeitem a vicissitudes diferentes da constituição ou da transmissão. São portanto susceptíveis de ser alteradas em concreto, enquanto razões particulares não levarem a considerá-las injuntivas. Mesmo não tendo havido qualquer manifestação da autonomia privada, as causas previstas por lei podem ser estendidas de umas a outras situações na base de considerações de analogia; e muito frequentemente se tem de proceder assim, pois o legislador nunca prevê em geral os factos jurídicos com efeitos reais, antes se limita a referi-los ou não, ao sabor das contingências próprias da regulamentação de cada direito real» (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 163).

³⁵ Observa José de Oliveira Ascensão: «A primeira categoria de regras injuntivas resulta com carácter de evidência do próprio princípio do *numerus clausus*: não se podem alterar os elementos que pertencem à própria definição do tipo de cada direito real (...). Porque a não ser assim, através da porta travessa da modificação do conteúdo, viríamos a liquidar a tipicidade taxativa dos direitos reais. Por isso, não se pode dar de penhor um imóvel, ou estabelecer uma superfície em que a propriedade da obra implantada pertença ao dono do chão» (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 328).

³⁶ Salientando o papel da analogia na classificação de um direito como um direito real, desde que beneficie de regulamentação legal, Elsa Sequeira Santos: «Entendemos, assim, que a existência da tipicidade não tem qualquer consequência a nível do recurso à analogia na descoberta de novos tipos reais, de entre os direitos que o legislador apresenta. (...) A liberdade de qualificação pelo intérprete de figuras como reais reporta-se apenas às figuras resultantes da lei, não às nascidas de negócio jurídico. Quanto a estas, apenas pode o intérprete ajuizar da sua correspondência a um dos direitos reais tipificados» (*Analogia e Tipicidade em Direitos Reais*, cit., pág. 490).

³⁷ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: «Portanto, a tipologia taxativa não impede que se admitam modificações dos direitos reais. Efectivamente, o direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pelas partes, mediante a substituição de disposições supletivas. Esse conteúdo é estranho à descrição fundamental em que consiste o tipo; faz parte do direito real, mas escapa ao objectivo que ditou o art. 1306.º, 1º» (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 332). Eis um exemplo do Autor, a respeito do direito de superfície: «E se as partes convencionarem no título constitutivo que o dono do chão pode usar a «superfície» mesmo que torne mais onerosa a obra? Ou se, pelo contrário, se convencionar que o superficiário pode desde logo utilizar o terreno para depósito dos materiais, por exemplo? Não são válidas estas estipulações? Não lhes pode ser atribuída eficácia real, como modificação do direito a que respeitam? A solução depende exclusivamente de se saber se o art. 1532.º tem carácter supletivo. Mas esta dúvida resolve-se pelos critérios gerais. Tanto aqui como no sector das obrigações rege o art. 405.º, n.º 1, que consagra a liberdade contratual. (...) No Direito das Coisas há um dos limites mencionados neste preceito: não se podem constituir direitos reais diferentes dos previstos neste Código. Mas no restante a regra permissiva vale plenamente» (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 322). São normas injuntivas as que visam a protecção de interesses colectivos, de terceiros ou dos próprios intervenientes (José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 329).

garante, nesse contexto, o livre exercício das faculdades que são reconhecidas ao proprietário e assegura a intangibilidade heterónoma do conteúdo da propriedade ³⁸. Os limites e as restrições a que a lei se refere são, a um tempo, a fronteira da acção ou omissão do titular do direito e a reserva do seu espaço jurídico. E, nesse contexto, a analogia é um instrumento de actualização do direito. Todos os factos que libertem o direito de propriedade ou alarguem o seu exercício, excepto onde a lei disponha em sentido diverso, designadamente em razão da função social do direito, são admitidos ³⁹.

É interessante fazer um ensaio desta conclusão. Tão-só alguns exemplos:

- a) Afigura-se excluída pela tipicidade a aplicação analógica de formas específicas de constituição de direitos reais. Assim, a acessão ou a constituição por destinação do pai de família. Concretizando: na hipótese de obras feitas, de boa fé, em terreno alheio, de valor superior ao valor do prédio, é vedado ao autor da incorporação invocar a aquisição de um direito de superfície ou de um direito de servidão, pagando, pois, um valor inferior ao que a aquisição do direito de propriedade justificaria, segundo o artigo 1340.º, n.º 1; no caso de alienação de uma exploração agrícola, mantendo o vendedor a titularidade do hotel ecológico que daquela beneficiava em plenitude, a analogia não fundamentará a constituição de um direito de usufruto por destinação do pai de família.
- b) Outro é o entendimento em relação aos factos extintivos dos direitos reais menores. Serve de exemplo a extinção das servidões prediais constituídas por usucapião se houver desnecessidade para o prédio dominante. Paralelamente, a extinção por *usucapio libertatis*⁴⁰. A natureza da servidão predial, enquanto

³⁸ Veja-se o exemplo do *pacto de non alienando*: «António vende um prédio a Manuel, obrigando-se Manuel a não alienar o prédio comprado. Supondo que a esta restrição se quis dar carácter real, portanto que não há uma mera obrigação de Manuel, mas algo que atinge o prédio com a inerência característica das situações jurídicas reais, teríamos uma restrição ao direito de propriedade com carácter real. Será válida? (...) No art. 1305.º considera-se conteúdo do direito de propriedade o direito de disposição, donde da mesma forma se pode inferir um princípio geral de alienabilidade; e aqui e além deparamos com aplicações deste princípio» (José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 313).

³⁹ Veja-se, em sentido diverso, as normas em que o legislador estabelece uma remissão para uma disposição especial da lei (por exemplo, os artigos 298.º, n.º 2, e o 1307.º, n.º 2). Nestes casos, é vedada a aplicação analógica. José de Oliveira Ascensão refere-se, em tais hipóteses, à impossibilidade da analogia e de interpretação extensiva na determinação dos tipos (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit, págs. 115 e segs., e 317).

⁴⁰ Neste sentido, por exemplo, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, cit., pág. 413, e Elsa Sequeira Santos, *Analogia e Tipicidade em Direitos Reais*, cit., pág. 493.

encargo imposto num prédio em benefício exclusivo de outro prédio pertencente a titular diferente, é um espelho das restrições estabelecidas ao direito real maior em proveito de um direito real menor. A desnecessidade dessa restrição, se tiver sido constituída por usucapião, ou uma posse de efeito extintivo têm vocação expansiva para a generalidade dos direitos reais menores.

- c) Entretanto, a renúncia abdicativa ao direito de propriedade sobre coisas imóveis é um acto voluntário que a analogia acompanha e que se manifesta congruente com a função social reclamada por lei ⁴¹. Na generalidade dos casos, a renúncia é a libertação do imóvel para um mercado produtivo, assim o queira o Estado, beneficiário da renúncia. Nas hipóteses em que a conduta do proprietário pareça ilegítima, é o abuso do direito que justifica a invalidade do negócio.
- d) Uma nota final para a usucapião de má fé. O sistema jurídico português parece justificar a causa de aquisição, desonerando o adquirente do pagamento de uma indemnização correspondente ao valor da coisa. E, no entanto, lugares paralelos reclamam solução diversa.

É possível distinguir o efeito real de um efeito obrigacional da usucapião. A exigência do pagamento de uma indemnização não perturba as razões que fundamentam a atribuição do direito real ao possuidor ⁴². O exercício de uma posse efectiva, pública e pacífica tem o efeito aquisitivo do direito real correspondente, sem que a solução implique, necessariamente, a gratuitidade dessa aquisição. A lei, aliás, nega, em geral, efeitos reais à actuação de má fé. É paradigmático o regime da acessão.

A posse é qualificada de má fé em razão do momento da aquisição. Veja-se que nem a má fé ulterior interfere com os prazos de aquisição por usucapião. Ou seja, o interesse em salvaguardar a aparência criada pela posse prevalece sobre a censurabilidade da conduta do agente, pelo menos se a posse não é violenta. Tal serve para justificar a aquisição do direito real possuído. É, porém, sem causa a omissão de uma sanção negativa, de natureza creditícia, ao possuidor.

⁴¹ Pronunciam-se favoravelmente à renúncia, entre outros, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, cit., págs. 406 e seg., e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., págs. 546 e segs.

⁴² Sobre estas, ver em síntese, e por todos, Abílio Vassalo de Abreu, *Titularidade Registral do Direito de Propriedade Imobiliária versus Usucapião (“Adverse Possession”)*, Coimbra, 2013, págs. 102 e segs.

Há razão para a aplicação analógica do artigo 1269.º do Código Civil. Segundo o legislador, a perda da coisa constitui o possuidor de má fé na obrigação de indemnizar o titular do direito. Nesse caso, a lei estabelece, perfeitamente, a distinção entre as consequências da perda para a esfera jurídica do possuidor, ou seja, se ele tirou proveito desse facto, e a desvantagem para o esbulhado. É indiferente o benefício do primeiro, considerando o prejuízo do segundo. O estado subjectivo do possuidor fundamenta a indemnização da perda, mesmo se ao facto aquele não associou qualquer vantagem. Enfim, o dever de compensar é autónomo dos efeitos jurídicos da perda.

E não se diga que a inércia do proprietário justifica a perda, sem retribuição, do direito, mesmo se o possuidor está de má fé ⁴³. A mesma inércia, porventura também estendida no tempo, é intocada pela perda do direito real nos casos de acessão. E, depois, constitui argumento adverso a tutela da propriedade na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Constituição portuguesa. Escreve Abílio Vassalo Abreu, sem prejuízo da revisão futura das suas considerações: «(...) na nossa perspectiva, qualquer interpretação do regime da usucapião (...) que legitime a perda ou privação forçada do direito de propriedade por via deste mecanismo, sem que se preveja qualquer tipo de indemnização a favor do anterior titular, será uma interpretação de muito duvidosa constitucionalidade, para não dizer que será mesmo uma interpretação em desconformidade com a Constituição, atendendo às exigências decorrentes dos actuais parâmetros de juridicidade constitucional próprios do Estado de Direito» ⁴⁴.

A usucapião nasceu no direito romano para conferir certeza à titularidade jurídica dos bens sem titulares identificados, geralmente terrenos. É injustificável, a esta luz, que num sistema de publicidade organizada pelo registo predial o fundamento do instituto permaneça na incerteza a respeito da

⁴³ Em sentido diverso à sanção da inércia do proprietário e ao critério concorrente do uso produtivo dos bens por referência à função social da propriedade, ver Abílio Vassalo Abreu, *Titularidade Registral do Direito de Propriedade Imobiliária versus Usucapião* (“*Adverse Possession*”), cit., págs. 116 e segs.

⁴⁴ *Titularidade Registral do Direito de Propriedade Imobiliária versus Usucapião* (“*Adverse Possession*”), cit., pág. 186. Ver também, do mesmo Autor, *Usucapião de Imóveis sem Indemnização. O «Teste de Conformidade com a Constituição» eo 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», vol. LXXXVIII, tomo I, Coimbra, 2012, págs. 189 e segs.

titularidade ⁴⁵. Actualmente, a lei exclui a extinção do direito de propriedade pelo não uso, permitindo ao titular do direito exercê-lo sem a prática de actos materiais sobre a coisa, mas admite a aquisição por usucapião de má fé ⁴⁶. Ora, segundo os instrumentos legislativos referidos, a perda forçada da propriedade só pode dar-se em proveito do interesse público, o que a usucapião em benefício de um particular não garante, e devidamente compensada. Urge, pois, rever o tema no sentido que parece mais adequado, servindo o artigo 1269.º como um apoio normativo relevante. Pela composição dos interesses, ver a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Secção), de 15 de Novembro de 2005, *J. A. Pye Ltd. (Oxford) v. the United Kingdom* ⁴⁷.

4. A reconsideração do princípio da tipicidade - As considerações precedentes delimitaram o princípio da tipicidade, restringindo o alcance normativo que lhe é, geralmente, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. O tempo é, no entanto, de reponderação da aplicação daquele princípio. Retomando a reflexão de Oliveira Ascensão, três são as razões principais que fundamentam o *numerus clausus*: prevenir a constituição de situações indesejadas na perspectiva económico-social; evitar a restrição do direito com a imposição de ónus ou vinculações ocultas; garantir a clareza do sistema registal ⁴⁸.

Sucede, porém, que essas justificações parecem, hoje em dia, infundadas. Desde logo, é o princípio da tipicidade que, vedando o acompanhamento jurídico cronológico das mudanças económico-sociais impede as soluções mais desejáveis. Nas palavras de Oliveira Ascensão, «todo o *numerus clausus* é um colete de forças aposto à vida» ⁴⁹.

⁴⁵ Ver Salvatore Patti, *Perdita del Diritto a Seguito di Usucapione e Indennità (alla Luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)*, in «Rivista di Diritto Civile», anno LV, n. 6 (Novembre-Dicembre), 2009, págs. 663 e seg.

⁴⁶ Salvatore Patti, *Perdita del Diritto a Seguito di Usucapione e Indennità (alla Luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)*, cit., págs. 664 e seg.

⁴⁷ Em sentido diverso, a decisão do Tribunal pleno, de 30 de Agosto de 2007. Para a análise de ambas as decisões, ver Abílio Vassalo Abreu, *Titularidade Registral do Direito de Propriedade Imobiliária versus Usucapião ("Adverse Possession")*, cit., págs. 53 e segs.

⁴⁸ *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., págs. 78 e segs.

⁴⁹ *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 76. Questiona a constitucionalidade do artigo 1306.º, n.º 1, do Código Civil, Cláudio Monteiro, *O Domínio da Cidade. A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, cit., pág. 227, nota 525. O tempo superou as razões históricas que determinaram a previsão da tipicidade: «Foi imposta na prática pelo espírito liberal vitorioso na Revolução Francesa, profundamente adverso à complicada teia de direitos reais que, no sistema feudal, dificultavam a livre circulação da terra como mercadoria. Era particularmente combatida a existência de situações que vinculassem a terra às pessoas (e vice-versa), entretendo a acumulação de capital e retendo mão-de-obra

São disso evidência as razões que convocam o renascimento da enfiteuse em alguns sistemas jurídicos ou a ampliação das operações urbanísticas em desarmonia com a rigidez dos direitos reais ⁵⁰. Ou, ainda, o conceito de propriedade sobre bens colectivos, comuns, atribuindo, em especial, poderes de auto-governo dos cidadãos sobre a gestão de utilidades presentes e futuras ⁵¹.

preciosa para a indústria nascente. Acentuava-se, por outro lado, que a multiplicação de direitos sobre as coisas facilitava a proliferação das pessoas que, não desempenhando qualquer papel socialmente considerado útil, delas retiravam rendimentos. (...) Socialmente falando, não há dúvida de que a tipicidade real permite ao legislador um certo contrôl sobre as formas de aproveitamento das coisas, afastando aquelas que considere inconvenientes. Em contrapartida, o mesmo efeito pode ser conseguido admitindo um *numerus apertus* de direitos reais, com limitações, o que facilitaria a evolução social» (A. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., págs. 337 e seg.).

⁵⁰ Sobre a previsão da enfiteuse no Código Civil holandês e a sua utilização pelos municípios como instrumento de urbanização, graças à componente participativa que a flexibilização legal dos direitos e obrigações das partes envolvidas permite, ver Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Cambridge, 2008, págs. 281 e seg.: «*Dutch cities establish general terms and conditions that apply to all rights of emphyteusis created on behalf of the city. These terms and conditions provide regulations on the powers of the municipality as owner and on the holder of the right. Furthermore, remuneration is paid in exchange for the right. (...) The general terms and conditions make the right of urban emphyteusis a very suitable method for regulation. (...) Municipalities usually combine the creation of a right of emphyteusis on a parcel of a land with the duty to erect a building. Any subsequent holder of the right of emphyteusis will take over the rights and duties concerning this building. Therefore, according to leading opinion, the holder of the right of emphyteusis is awarded economic ownership of the building. However, in practice, the powers of enjoyment will usually be limited by the terms and conditions*». Em termos gerais, e numa abordagem elementar, a enfiteuse distingue-se do usufruto pela ausência de personalização do direito (limitado pela vida do seu titular ou por 30 anos) e das limitações objectivas de uso e de fruição (respeito pela forma e pela substância da coisa) e, também, da superfície, porque o direito do enfiteuta convive com o direito de propriedade do senhorio ou de terceiro sobre o edifício construído. Sobre a importância urbanística da enfiteuse na história do direito português, ver Cláudio Monteiro, *O Domínio da Cidade. A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, cit., págs. 397 e segs.

⁵¹ Deseja-se, assim, prevenir as disfuncionalidades que a falta de transparência e o fim lucrativo das entidades concessionárias podem trazer à fruição de certos bens fundamentais, garantia que a gestão feita pelas pessoas colectivas públicas, ainda assim, não dá. É, neste momento, intenso o debate sobre a categoria dos *beni comuni*, prevista no relatório da Comissão legislativa para a reforma das normas do Código Civil italiano em matéria de bens públicos, presidida por Stefano Rodotà (14 de Junho de 2007): «*Si è prevista, anzitutto, una nuova fondamentale categoria, quella dei beni comuni, che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poichè sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni, i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali. Sono beni che – come si è anticipato – soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche. La Commissione li ha definiti come cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità. Per tali ragioni, si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata. La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione*».

Depois, o sistema registal pode garantir a publicidade que as restrições convocam, e sem qualquer prejuízo para a clareza do seu regime. Aliás, é isso que, na actualidade, sucede, nomeadamente com o disposto no artigo 95.º do Código do Registo Predial. Tome-se, em especial, por referência as alíneas b) e c) do n.º 1 desse artigo: «O extracto da inscrição deve ainda conter as seguintes menções especiais: b) na de usufruto ou de uso e habitação e na de direito de superfície, o conteúdo dos direitos e as obrigações dos titulares e, na parte regulada pelo título, a causa e a duração, quando determinada; c) na de servidão, o encargo imposto, a duração, quando temporária, e a causa». Escreve Oliveira Ascensão: «Os vários tipos de direitos reais foram trazidos por uma evolução social que não estancou evidentemente em meados do século passado. O registo deve descobrir as formas de servir esta espontaneidade social; só perante uma impossibilidade absoluta seria de reformular a solução substantiva»⁵².

A posse e a qualificação pelo conservador de um facto como real seriam os instrumentos, respectivamente, da publicidade espontânea e da publicidade provocada. A respeito da perturbação trazida pelas dúvidas que a abertura dos tipos traria à arrumação classificatória, designadamente à diferença entre direitos reais e direitos pessoais de gozo, objecta Oliveira Ascensão: no sistema registal português, «o Conservador não se limita a transcrever documentos que lhe são apresentados, mas antes inscreve factos; e inscreve-os porque os reputa relevantes para uma vicissitude de dada situação jurídica real. (...) Assim, perante um direito inominado, o Conservador verificaria primeiro se a situação jurídica a que o título se refere tem natureza real; e só no caso afirmativo procederia ao seu registo. Só residualmente se poderia pois continuar a falar da falta de clareza»⁵³.

No começo do século XXI, o reconhecimento social de novos objectos ou formas dos direitos reais e a crescente influência da atipicidade das estipulações contratuais no alargamento da vinculatividade das obrigações criadas pressionam o alcance do *numerus clausus*. O regime dos direitos reais é, progressivamente, ampliado para servir de critério a objectos diversos de coisas corpóreas, destacando-se, claro, os direitos de propriedade intelectual, e o conceito de propriedade, marcado pela unidade, é

⁵² A *Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., pág. 81.

⁵³ A *Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., págs. 81 e seg.

fragmentado por formas diversas de gozo, de garantia ou de aquisição ⁵⁴. O contrato desempenha um papel crescente nessa extensão dos direitos reais. Serve de exemplo a figura alemã da servidão com função de garantia (*Sicherungsdienstbarkeit*). Neste caso, a propriedade desempenha um papel passivo, condicionado ao incumprimento da obrigação. Verificado o inadimplemento, é exercida a servidão (exemplo: no prédio dominante está instalada uma refinaria, no prédio serviente uma estação de serviço, convencionando as partes o fornecimento e venda exclusiva dos produtos da primeira. O encargo real acordado pode assumir formas diversas, mas tão-só é actuado em razão do inadimplemento do titular do prédio serviente) ⁵⁵.

Acresce ao desenvolvimento social interno das figuras reais a diferente compreensão do alcance da tipicidade nos ordenamentos jurídicos europeus, a diversidade dos direitos reais tipificados e as exigências das liberdades de circulação, justificando a previsão de um instrumento de reconhecimento dos direitos criados noutros ordenamentos jurídicos, com a eficácia neles prevista. Escreve Akkermans: «*Coherence between the national systems of property law is needed in order for the system of European property law to function. Only when national property law systems efficiently deal with property rights from other jurisdictions without a negative effect on the functioning on the Internal Market, can national doctrinal arguments of legal certainty and third-party protection be maintained*» ⁵⁶.

A previsão de um teste de acesso permitiria responder, simultaneamente, às ansiedades sociais do alargamento do catálogo dos direitos reais e ao propósito de reconhecimento mútuo desses direitos nos vários sistemas jurídicos europeus, mantendo, contudo, a distinção entre direitos pessoais e direitos reais ⁵⁷: em primeiro lugar, é preciso averiguar se as faculdades que o concedente atribui ao beneficiário são uma expressão dos poderes que caracterizam o seu direito real sobre a coisa; depois, as partes devem declarar, expressamente, a vontade de vincular os sucessores nas respectivas posições jurídicas, devendo, para o efeito, possuir um interesse digno de protecção legal;

⁵⁴ Ver Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., págs. 398 e segs.

⁵⁵ Ver Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., pág. 202.

⁵⁶ Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., pág. 552.

⁵⁷ Recolhem-se estes critérios em Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., págs. 555 e segs.

finalmente, a relação jurídica criada tem de ser enquadrável na classificação tradicional dos direitos reais: gozo, garantia ou aquisição.

Em nossa opinião, e considerando a eficácia que reconhecemos aos direitos pessoais de gozo, também oponíveis a terceiro, o teste conheceria o seu espaço privilegiado nos direitos reais de garantia e nos direitos reais de aquisição. Os direitos de gozo beneficiariam, porém, do regime geral aplicável aos direitos reais, designadamente a respeito da sua publicidade registal, e, acima de tudo, da legitimação, com aquele alcance, de prestações primárias do devedor (reconhecendo, nomeadamente, a propriedade fiduciária). Consequências que fundamentariam, entretanto, o alargamento das causas extintivas dos direitos reais à oneração excessiva ou desproporcionada do devedor, ou à desnecessidade do direito ⁵⁸.

Aos particulares seria vedada a plena faculdade de conformação real da relação jurídica. A abertura do sistema é limitada, resguardando a tutela de terceiros. Embora escrevendo acerca de um sistema europeu, justifica Akkermans a sua proposta nos seguintes termos: «*With such a new approach to property law, the focus of the legal system shifts from a closed system, what parties may not do, to an open system, what parties may do. Nevertheless, at the same time, the system of European property law should strike a balance between flexibility, which implies a pure dynamic system of property law, and legal certainty, which implies a pure static system of property law*» ⁵⁹.

5. Principais conclusões

Sintetizamos as ideias fundamentais que enquadram este breve ensaio:

- a) O princípio da tipicidade é delimitado pela eficácia absoluta dos direitos pessoais de gozo;
- b) O princípio da tipicidade resguarda a liberdade de as partes criarem obrigações *propter rem*, desde que não descaracterizem o direito real e sejam dotadas de publicidade, pelo menos espontânea;
- c) O princípio da tipicidade é compatível com a aplicação analógica das normas sobre as vicissitudes dos direitos reais;
- d) O princípio da tipicidade deve ser repensado, de *jure constituendo*.

⁵⁸ Ver Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., pág. 558.

⁵⁹ Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., págs. 553 e seg.