

ACESSÃO INDUSTRIAL IMOBILIÁRIA E USUCAPIÃO *VERSUS* DESTAQUE*

Mónica Jardim e Dulce Lopes¹

Introdução

A diferenciação entre direito civil e administrativo, que se reflecte não apenas de um ponto de vista substancial mas também de uma perspectiva processual, tem recentemente constituído o palco privilegiado para o debate de um conjunto de questões de fronteira, em especial quando em causa estão domínios tão estreitamente conexos como o do direito das coisas e o do direito do urbanismo.

Debruçamo-nos neste texto sobre uma dessas questões, a da relação entre a acessão industrial imobiliária e a usucapião e a figura do destaque, que, como veremos, nos há-de transportar para a discussão dos próprios pressupostos da aquisição do direito de propriedade e para a compreensão da função que este instituto do direito do urbanismo desempenha na reconfiguração fundiária do solo².

I. Colocação da questão

* O presente texto encontra-se publicado, em versão de papel, na obra colectiva *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, sob a coordenação de Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, Almedina, 2010, p. 757 a 812. No entanto, cumpre sublinhar que foram acrescentadas referências bibliográficas e, em aspectos pontuais, introduzidas algumas alterações visando tornar mais clara a posição das autoras.

¹ Assistentes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Saliente-se que apenas abordaremos a referida questão a propósito da acessão e da usucapião ocorrida na vigência do actual Código Civil. Sentimos necessidade de fazer esta ressalva, por um lado, porque o momento da aquisição do direito de propriedade por acessão é, inquestionavelmente, o da verificação dos actos materiais de incorporação [cfr. a al. d) do art. 1317.º do Código Civil] e, por outro, porque invocada triunfantemente a usucapião os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse (cfr. art. 1288.º do Código Civil).

Do mesmo modo, também não abordaremos situações mais complexas que envolvem cenários de loteamento ou de áreas urbanas de génese ilegal, uma vez que estas implicam um *instrumentarium* que não pode ter lugar, apenas e só, no âmbito da discussão da acessão ou usucapião parcial da coisa.

Como se sabe, um direito real incide, em regra, sobre a totalidade da coisa que constitui o respectivo objecto³.

Por outro lado, conforme decorre do n.º 2 do art. 408.º do Código Civil, os direitos reais só podem incidir sobre coisas certas, determinadas e autonomizadas juridicamente.

E, segundo a melhor doutrina, o conceito de coisa abarca, além de outros, os seguintes elementos:

- Objecto com existência autónoma e;
- Objecto apropriável, susceptível de subordinação jurídica ao poder, acção ou disponibilidade exclusiva de alguém.

Assim, não cabe na noção jurídica de coisa um objecto que não tenha existência autónoma, isto é, que não tenha uma entidade distinta e separada ou que não esteja individualizado. O que equivale a dizer-se que *sobre o que só existe como parte de um todo mais vasto não podem constituir-se relações jurídico-reais com individualidade própria*.

Por outro lado, em relação a coisas que são já, de algum modo, certas e determinadas (mas ainda não separadas ou autonomizadas de outras coisas — como é o caso das partes componentes e das partes integrantes), há que afirmar que, tratando-se de coisas passíveis de identificação na sua individualidade, mas encontrando-se estreitamente conexas com uma coisa diferente, não podem ser objecto de direitos reais diversos dos que incidem sobre a coisa a que se encontram ligadas. Só depois de se produzir a desafecção ou separação é que podem ser objecto de um direito real distinto.

Em resumo, não é possível a constituição de um autónomo *ius in re* sobre uma parte de um bem, sem que se proceda à individualização ou separação dessa parte.

Pelo que respeita a prédios, é evidente que são fraccionáveis e que, portanto, uma parcela de um prédio pode autonomizar-se e dar origem a

³ O direito português consagra o princípio *superficies solo cedit*. No entanto, este princípio, como é consabido, conhece excepções no ordenamento jurídico português. Lembramos os arts. 1389.º a 1391.º e 1395.º do Código Civil, onde, de forma expressa, se admite que o direito de propriedade sobre as águas existentes num prédio pertença a pessoa diversa do *dominus* do referido prédio, e o art. 1528.º, do mesmo diploma legal, que admite a constituição do direito de superfície mediante a alienação de obra ou árvores já existentes. Mas a excepção ao princípio em apreço, com mais relevância prática, é indubitavelmente a que resulta do regime da propriedade horizontal, constante dos artigos 1414.º a 1438.º do Código Civil.

um novo prédio. *Mas a desafecção ou separação só pode ocorrer, obviamente, de acordo com a lei.*

Podendo conduzir a acessão industrial imobiliária e a usucapião à aquisição do direito de propriedade sobre um novo imóvel formado a partir de uma área de terreno que é desafectada ou separada daquele a que originariamente pertencia, somos necessariamente confrontados com as limitações legais a que se criem novos prédios, seja como simples divisão de um prédio rústico em diversos prédios rústicos, seja como formação de um ou mais prédios urbanos a partir de uma área antes incluída num único prédio rústico.

No presente estudo interessam-nos, precisamente, as questões que se suscitam quando a acessão industrial imobiliária e a usucapião podem conduzir à autonomização jurídica de uma única parcela de terreno do prédio mãe.

De facto, com a acessão e a usucapião parciais surgem novas coisas e novos direitos sobre elas⁴, já que não pode haver aquisição originária sem que a coisa sobre o qual incida exista.

No entanto, a autonomização jurídica de uma única parcela de terreno, quer se localize em solo rústico quer em solo urbano, está subordinada a requisitos legais, por isso, imediatamente, surgem as seguintes questões:

Sendo exercido o direito à acessão sobre a parcela do prédio onde foi realizada a obra e não sobre a totalidade do prédio ou sendo invocada a usucapião apenas sobre uma parcela de um prédio, o juiz ou quem tenha competência na matéria tem, ou não, de se preocupar com a eventual violação dos requisitos previstos na legislação urbanística e que condicionam o fraccionamento do solo para fins de edificação urbana?

Por outras palavras: a possibilidade de estar a concretizar um “destaque”⁵ ilegal impede ou não a aquisição de uma parcela (como coisa autónoma) de um prédio mais vasto por acessão ou por usucapião?

⁴ A precedência entre a coisa e o direito é lógica mas, no caso da acessão e da usucapião, não é cronológica, já que aqui a coisa e o direito nascem em simultâneo.

⁵ Colocamos a expressão destaque entre aspas porque a utilizamos aqui de forma não rigorosa do ponto de vista urbanístico, uma vez que nos referimos ao fraccionamento jurídico de um prédio em dois como consequência directa da acessão ou da usucapião.

Para facilitar a exposição, analisemos primeiro o problema quando suscitado pela acessão industrial imobiliária e, só depois, aquele que pode surgir aquando da invocação judicial da usucapião.

II. A Acessão Industrial imobiliária⁶

A acessão industrial imobiliária é um modo de adquirir originariamente a propriedade.

Segundo o art. 1340.º, n.º 1, do Código Civil, se alguém, de boa fé, construir obra em terreno alheio e o valor que as obras tiverem trazido à totalidade do prédio for maior do que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras⁷.

Entende-se que houve boa fé se o autor da obra, sementeira ou plantação desconhecia que o terreno era alheio, ou se foi autorizada a

⁶ Dá-se a acessão quando com a coisa que é propriedade de alguém se une e incorpora outra coisa (alheia ou *res nullius*) que não lhe pertencia (cfr. art. 1325.º do Código Civil).

Porque não interessam ao nosso estudo, não nos referiremos às hipóteses de acessão industrial imobiliária previstas no art. 1339.º (obras, sementeiras ou plantações feitas em terreno do próprio com materiais alheios), no art. 1342.º (obras, sementeiras ou plantações feitas com materiais alheios em terreno alheio) e no art. 1343.º (prolongamento de edifício por terreno alheio), todos, do Código Civil.

Acresce que reduziremos a análise do art. 1340.º do Código Civil à hipótese de ser feita obra em terreno alheio, assim excluindo, portanto, a de realização de sementeira ou plantação.

⁷ O actual Código, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Seabra, não reserva o direito de acessão ao possuidor em nome próprio – ou seja, não exclui o mero detentor –, nem faz depender tal direito de a posse do interventor ser titulada.

Assim, se, por exemplo, a obra foi realizada toda no tempo de vigência do Código de Seabra, por um interventor cuja posse era não titulada ou por um mero detentor, se o litígio for agora apreciado, está afastada a acessão, não obstante a mesma ser viável em face das regras do actual Código.

No entanto, como afirma QUIRINO SOARES, “Acessão e Benfeitorias” *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano IV, T. I, 1996, p. 18: “a vida ou os seus sucessos não são tão lineares quanto as regras com que os legisladores e os juristas os pretendem enquadrar. E assim é que, por vezes, as obras, porque se não podem, por sua própria natureza, realizar «uno acto», têm contacto com mais de um regime legal; outras vezes, embora iniciadas e concluídas sob um único regime, sofrem, mais tarde, desenvolvimentos (alterações; acrescentos) empreendidos quando uma outra lei já havia substituído a primeira.”

A este propósito, refira-se por fim que segundo o nosso entendimento, na esteira de QUIRINO SOARES, na hipótese de ocorrer mudança do regime legal quando as obras estão em curso, deve dar-se prevalência à lei nova, porque “além de ter, relativamente aos actos materiais de incorporação, elementos de conexão não menos relevantes que a lei antiga, leva, sobre esta, a vantagem de constituir a última palavra do legislador sobre o assunto, e, por isso, supostamente, conter as mais ajustadas e aperfeiçoadas regras de solução do conflito de interesses subjacente.” (Cfr. QUIRINO SOARES, “Acessão e Benfeitorias”, loc. cit., p. 19).

incorporação pelo dono do terreno (Cfr. art. 1340.º, n.º 4, do Código Civil)⁸.

O autor da incorporação adquire a propriedade do prédio se o valor acrescentado – *ou seja*, “o valor em que o prédio é aumentado” e não a diferença entre o valor da obra e o valor do terreno, uma vez que a obra pode ter gerado um acréscimo de valor do prédio superior àquele que lhe seria atribuído quando avaliada isoladamente – for superior ao que o prédio tinha antes da incorporação⁹.

O fundamento económico do preceito é não destruir a obra feita, pelo que “*deve formar-se, com a acessão, um único corpo, e, portanto, há-de resultar dela uma ligação material, definitiva e permanente, entre a coisa acrescida e o prédio, que torne impossível a separação sem alteração da substância da coisa*”¹⁰.

Nesta perspectiva, para justificar *acessão industrial imobiliária*, a *obra* deverá ficar incorporada no terreno de modo tal que os elementos que a compõem percam a sua individualidade, formando, com o terreno, uma nova coisa¹¹⁻¹².

⁸ A autorização para praticar os actos materiais em que a acessão se traduz tanto pode ser atribuída através de uma declaração de vontade expressa, feita pelo proprietário da coisa, como resultar, por exemplo, de um contrato translativo nulo por falta de forma. Ou seja, a autorização pode ser tácita.

⁹ Se o valor acrescentado for igual, haverá licitação entre o antigo dono e o autor da incorporação, pela forma estabelecida no n.º 2 do artigo 1333.º do Código Civil.

Se o valor acrescentado for menor, as obras, sementeiras ou plantações pertencem ao dono do terreno, com obrigação de indemnizar o autor delas do valor que tinham ao tempo da incorporação. (cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 1340.º do Código Civil).

¹⁰ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. III, 2.ª ed., 1987, p.164.

¹¹ Ou seja, a acessão pressupõe que uma coisa se una ou incorpore de forma inseparável (definitiva, permanente) a outra. Não basta a mera adjunção, justaposição ou um simples nexo de afectação ou destino: é necessário que a coisa se una a outra ou se integre ou incorpore (faça corpo) com a outra, sendo que esta inseparabilidade deve ser entendida em sentido económico e não meramente material. Consequentemente, duas ou mais coisas encontram-se unidas de modo inseparável quando a desincorporação, embora física e materialmente possível, destruísse ou danificasse gravemente a coisa principal.

¹² Como se sabe, nas hipóteses de acessão industrial imobiliária que resultam da intervenção em terreno alheio surge, amiúde, a necessidade de delimitar claramente esta figura em face das benfeitorias.

Em abstracto, a distinção é simples, uma vez que, segundo o art. 216.º do Código Civil, as benfeitorias são despesas feitas numa coisa já existente, com vista à sua conservação, valorização ou maior recreio – às quais a lei associa direitos do autor, desde que este se encontre em determinada posição jurídica relativamente à coisa (posse - arts. 1273.º a 1275.º; locação - art. 1046.º, comodato - art. 1138.º; usufruto - 1450.º) –, enquanto a acessão constitui um título de aquisição originária do direito de propriedade imobiliária, ao lado usucapião. Todavia, em concreto, a verdade é que nem sempre é fácil saber se estamos perante uma benfeitoria ou uma acessão. Tanto assim é que a doutrina, desde longa data, se preocupa em distinguir as benfeitorias das acessões.

MANUEL RODRIGUES, *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 2ª ed., Reimpressão, 1996, Coimbra, Almedina, p. 362, grosso modo, defendeu que a distinção

passava pelo facto de a benfeitoria (*impensa*) se traduzir numa despesa que beneficiava uma coisa já existente, enquanto a acessão envolvia um acto de inovação que alterava a substância da coisa.

Este entendimento foi acolhido, embora com reticências, por MANUEL ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pag. 274, e em geral pela jurisprudência.

Em resumo, segundo esta posição, o regime da acessão aplicar-se-ia, em detrimento do das benfeitorias, sempre que a intervenção em terreno alheio lhe alterasse a substância. Não sendo esse o caso, interviria o regime das benfeitorias, se a relação do autor delas com o prédio fosse das que prevê aquele regime.

No entanto, como demonstrou CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, n.º 301, o critério, já na vigência do Código de Seabra, revelava-se insuficiente, uma vez que as inovações realizadas, por exemplo, pelo locatário ou pelo usufrutuário, estavam sujeitas por lei, tal como hoje, ao regime das benfeitorias.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 166 e 167, na vigência do actual Código Civil, bem como, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 17 e 117 e ss. distinguem a benfeitoria da acessão tendo em conta a relação que o interventor tem com a coisa beneficiada. Assim, segundo estes autores, a benfeitoria supõe a existência de uma relação jurídica (por exemplo, a posse, a locação, o comodato, o usufruto); ao invés, na acessão, tal relação não existe, sendo o acto praticado por um estranho, ou seja, por uma pessoa que não tem qualquer contacto jurídico com a coisa. Nesta perspectiva, as intervenções inovadoras praticadas por quem detém uma relação jurídica com a coisa, por muito que alterem a substância do prédio, só encontram, eventualmente, tutela no regime das benfeitorias.

Consideramos que qualquer dos critérios apresentados se revela insuficiente para distinguir benfeitorias em face de acessão e para determinar quando se aplica o regime de uma ou outra das figuras em apreço.

Concordamos com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA quando afirmam que devemos aplicar o regime das benfeitorias quer em causa esteja uma despesa, quer um acto de inovação, desde que o mesmo seja praticado por quem tenha uma relação jurídica com a coisa. No entanto, distanciamos-nos destes autores, na medida em que entendemos que quando em causa esteja um acto de inovação praticado por um possuidor formal ocorre a acessão.

Explicitando:

— A benfeitoria supõe uma *despesa praticada por quem tem uma relação jurídica com a coisa* (relação essa que pode ser de posse formal), com vista à sua conservação, valorização ou maior recreio; não obstante, consideramos que o regime das benfeitorias também pode ser aplicado às *inovações realizadas por quem tenha uma relação jurídica com a coisa* (v.g. um detentor com título jurídico, sempre que a lei consinta que este beneficie do regime das benfeitorias).

— A acessão envolve necessariamente um *acto de inovação, acto esse que pode ser realizado por quem não mantém uma relação jurídica com a coisa* (v.g. o mero detentor sem título jurídico), ou *por quem mantém com ela relação de posse autónoma*, em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária.

Portanto, na nossa perspectiva, pode ocorrer a acessão se em causa estiver um *acto de inovação* — já não uma mera despesa, uma vez que o acto de inovação é pressuposto da acessão —, *praticado por quem não tem uma relação jurídica com a coisa, ou por quem tem com ela uma relação de posse autónoma nos termos dos direitos reais supra identificados*.

Assim, se em causa estiver uma simples despesa feita na coisa e não um acto de inovação está, naturalmente, afastado o regime da acessão. Por outro lado, se o arrendatário, comodatário, usufrutuário, etc., realizar uma inovação, prevalece, sempre, o regime das benfeitorias próprio do estatuto legal ou contratual de cada um dos institutos. Por fim, se a inovação for realizada por um *estranho* (v.g. o mero detentor sem título jurídico) ou por um possuidor em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária prevalece, sempre, a acessão.

Como resulta do acabado de expor, consideramos que pode beneficiar do regime da acessão quer o interventor que não tenha qualquer relação jurídica com a coisa, quer o interventor que seja possuidor em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária, desde que, obviamente, haja um acto de inovação. De facto, não se nos afigura plausível que o legislador do actual Código Civil tivesse pretendido afastar-se do

Os pressupostos substantivos que devem estar verificados para que o autor da obra possa invocar a acessão são, portanto, os seguintes:

- a) a incorporação consistente no acto voluntário de realização da obra;
- b) a natureza alheia do terreno sobre o qual é erguida a construção;
- c) a pertença inicial dos materiais ao autor da incorporação;
- d) a formação de um todo único entre o terreno e a obra;
- e) o valor acrescentado pela obra ser superior ao valor que o prédio tinha antes da incorporação;
- f) a boa fé, estritamente psicológica, do autor da incorporação¹³ e;
- g) a manifestação de vontade expressa do beneficiário do direito potestativo¹⁴;

Código de Seabra – que exigia que o beneficiário da acessão fosse possuidor em nome próprio (cfr. art. 2306.º) – sem o dizer de forma expressa e inequívoca. Por um lado, porque, tal envolveria a inversão do pressuposto (positivo) da posse em nome próprio que o Código anterior exigia, passando-o a negativo (ausência de posse). Em segundo lugar, porque implicaria uma redução substancial do campo de aplicação da acessão industrial imobiliária, nos termos do art. 1340.º do Código Civil, uma vez que esta ficaria limitada aos meros detentores ou intervenientes ocasionais.

Assim, na nossa perspectiva, embora, em abstracto, o possuidor – em termos de direito de propriedade ou de propriedade superficiária – tanto possa beneficiar do regime das benfeitorias como da acessão, em concreto, beneficiará do primeiro, se realizar uma mera despesa, e do segundo, se praticar um acto de inovação.

Quanto aos outros sujeitos de relações jurídicas com a coisa (usufrutuário, arrendatário, etc.), esses, precisamente em virtude da relação existente, mesmo que pratiquem um acto de inovação apenas poderão, se a lei o previr, beneficiar do regime das benfeitorias.

Consequentemente, em tais hipóteses, a regra “*superficies solo cedit*” não sofre qualquer derrogação.

“E compreende-se que assim seja, porque, na locação, no comodato, no usufruto, existe um vínculo entre o interventor (locatário, comodatário, usufrutuário) e o dono da coisa, cuja regulamentação faz expresso apelo ao regime das benfeitorias; assim, e salvo convenção em contrário, a chamada, aí, do instituto da acessão constituiria injustificada infracção à disciplina interna daquelas relações jurídicas bilaterais, com desprezo pelas expectativas fundadas, precisamente, no regulamento interno das mesmas relações” (QUIRINO SOARES, *Acessão e Benfeitorias*, loc. cit., p. 15).

¹³ Como afirmam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, ob. cit., p. 164, o legislador, ao fixar os requisitos deste modo de aquisição, não quis desviar-se da ideia de boa fé que adoptou em matéria possessória (cfr. n.º 1 do art. 1260.º do Código Civil).

Aliás, a uniformização dos conceitos de boa fé em matéria de acessão e de posse já vinha do Código anterior, pelo menos desde quando o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Novembro de 1969 interpretou o artigo 2306.º (do antigo Código) no sentido de que a boa fé, ali referida, tinha o conteúdo definido no artigo 476.º.

Saliente-se, por fim, que a boa fé, para efeitos de acessão, deve ser contínua, isto é, deve manter-se por todo o tempo que dure a execução das obras, sementeiras ou plantações, sob pena de não se aplicar ao interventor o regime mais favorável que a lei estabelece no artigo 1340.º.

Mas, se a boa fé cessar depois de concluídos os actos de incorporação nenhum prejuízo sofrerá a aplicação do artigo 1340.º.

¹⁴ Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 165 e 166, a aquisição ocorre automaticamente, *ipso iure*, desde o momento da incorporação. De facto, estes autores, apesar de não combaterem, *de jure*

condendo, a razoabilidade da tese segundo a qual a aquisição por acessão supõe o prévio exercício de um direito potestativo, consideram que ela não tem “*cabimento no quadro das soluções consagradas na lei.*”

De facto afirmam:

– *quando, no domínio da acessão, o legislador quis introduzir uma solução inquestionavelmente potestativa, como é a hipótese do artigo 1343.º, usou a expressão «pode adquirir» (que é a adequada à natureza do direito, aí, consagrado), bem diferente da do artigo 1340.º, em que usa a fórmula «adquire» (uma vez realizados os factos ali previstos);*

– *se o legislador não tivesse pensado a aquisição como automática, ter-se-ia preocupado, a exemplo do que sucede nos artigos 1333.º, n.º 4 e 1335.º, n.ºs 1 e 2, com as consequências de o beneficiário da acessão não pretender adquirir o direito de propriedade que a acessão lhe faculta;*

– *em se tratando de obras ou plantações, a renúncia do proprietário do terreno ao direito potestativo implicaria a constituição do direito de superfície, e, por isso, a necessidade de dar a tal acto de renúncia a forma solene da escritura pública” ou, acrescentamos nós, actualmente, a de documento particular autenticado. (Pela excelência do resumo, limitamo-nos a citar QUIRINO SOARES, “Acessão e Benfeitorias”, loc. cit., p. 21).*

Em defesa da “*tese potestativa*”, “*perfilam-se argumentos baseados no sentido das expressões usadas pelo legislador (que revelam o carácter facultativo que se quis atribuir à acessão) e não faltam, também, apelos ao sistema.*”

Assim, é o caso de o legislador ter estabelecido uma reciprocidade entre a aquisição por acessão e o pagamento (o titular «adquire pagando», segundo os termos dos artigos 1339.º e 1340.º, «faz seu ... contanto que indemnize», de acordo com o n.º 1, do artigo 1333.º), reciprocidade que se não conciliaria com a automaticidade e imperatividade da aquisição, pois que, neste caso, a contrapartida resumir-se-ia à obrigação de pagar aqueles valor e indemnização; é, também, a explícita expressão contida no artigo 1343.º, onde se afirma que «o construtor pode adquirir... pagando»; é, finalmente, o conteúdo de outros artigos que expressam, em específicas regulamentações, o carácter facultativo que o legislador pretendeu atribuir à acessão (1333.º, n.º 2 e 1340.º, n.º 2, que subordinam a aquisição a uma licitação, e 1333.º, n.º 3, 1334.º, 1335.º e 1341.º, onde se prevêem hipóteses em que o beneficiário não queira exercer o direito de acessão).

A defesa da tese potestativa alimenta-se, por fim, das alegadas melhores virtualidades da aquisição facultativa para satisfazer a maior parte dos interesses envolvidos no fenómeno da acessão.

Diz-se, em resumo:

– *a tese da imperatividade da aquisição equivale a impor ao beneficiário o pagamento de uma indemnização que ele pode não estar em condições de prestar de imediato;*

– *equivale, ainda, a sujeitar o dono do terreno à perda do domínio (no caso de ser o sacrificado) sem a contrapartida do pagamento simultâneo da correspondente indemnização;*

– *a tese potestativa possibilita o arranjo consensual do conflito, o que não sucede com a da imperatividade, pois, segundo esta, a solução daquele resulta automaticamente da realização dos factos contidos na previsão da lei;*

– *com a aquisição automática, o risco começaria logo a correr por conta do beneficiário da acessão, o que não seria, em muitos casos, justo, pois ele podia desconhecer, ainda, a incorporação.” (De novo, pela excelência do resumo, limitamo-nos a citar QUIRINO SOARES, *Acessão e Benfeitorias*, loc. cit., p. 21. No entanto, por todos, vide: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos Sobre a Superfície e a Acessão*, *Scientia Iurídica*, 1973, Separata, p. 333 e s.; *idem*, *Direito Civil - Reais* 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 401 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1979, pág. 721 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa, Quid Juris, 2007, p. 345 e ss.; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 708).*

Nós, como resulta do texto, e na esteira de QUIRINO SOARES, consideramos que “*os elementos de interpretação gramaticais, lógicos e sistemáticos apresentados por cada uma das doutrinas são igualmente sólidos*” e que a “*alínea d), do artigo 1317.º não desempata a favor da tese da aquisição automática desde que se estabeleça a distinção entre momento da aquisição e pressupostos da aquisição.*” (Cfr. QUIRINO SOARES, “*Acessão e Benfeitorias*”, loc. cit., p. 21).

No presente estudo, interessa-nos particularmente o requisito apresentado em e), ou seja, o valor acrescentado pela obra ser superior ao valor que o prédio tinha antes da incorporação.

Valor acrescentado não é o mesmo que valor dos materiais, das sementes ou das plantas, nem, sequer, a mesma coisa que valor da obra, da sementeira ou da plantação. Apura-se o *valor acrescentado pela* diferença entre o valor da nova realidade económica resultante da incorporação e o valor que o prédio tinha antes. O valor dessa diferença pode, muito bem, ser maior ou menor que o dos materiais, sementes ou plantas, ou, até, que o da obra, sementeira ou plantação.

Vejamos com mais pormenor como se apura esse valor.

Acresce que defendemos que a acessão prevista no art. 1340.º do Código Civil a favor do interventor tem carácter potestativo. Havendo, por isso, um verdadeiro direito, ou faculdade, de acessão que cabe ao interventor e titular beneficiário.

Assim, consideramos que até ao exercício, por parte do interventor beneficiário da acessão, do correspondente direito potestativo, o dono do terreno pode reivindicar (artigo 1311.º) o prédio com os elementos incorporados ou pedir a entrega do prédio e a reconstituição natural da situação; o interventor, em defesa e reconvenção, poderá, ainda, exercer o direito potestativo para, assim, adquirir o direito de propriedade sobre o prédio cuja restituição lhe é exigida e, fazendo-o – desde que efectue o pagamento ou o depósito do valor determinado, no prazo fixado pela sentença – dá-se a acessão que retroage os seus efeitos à data da incorporação.

Portanto, o momento jurídico da aquisição do direito de propriedade, com fundamento no art. 1340.º, é, inquestionavelmente, o da verificação dos actos materiais de incorporação, nos termos da al. d) do art. 1317.º do Código Civil, mas tal aquisição, nas hipóteses dos n.ºs 1 e 2, não é uma consequência forçosa ou *automática* da referida incorporação, depende, ao invés, do exercício do correspondente direito potestativo e do posterior pagamento ou depósito do valor fixado, sendo, por isso, na nossa perspectiva, uma aquisição voluntária que, de um ponto de vista de facto, ocorre após o momento da incorporação. (Neste sentido, *vide* ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, ob. cit., nota 209, p. 128 e 129).

Saliente-se que os nossos Tribunais Superiores têm perfilhado a tese da acessão como forma de aquisição potestativa do direito de propriedade mas, em regra, têm afirmado que o momento da manifestação da vontade em exercer o direito traduz-se, apenas, no momento revelador do direito que, assim, se afirma e já está previamente constituído, existindo desde o momento da incorporação. (Cfr.: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Julho de 1970, *Boletim do Ministério da Justiça*, 199, p. 220; Acórdão da Relação de Lisboa, de 17 de Janeiro de 1975, *Boletim do Ministério da Justiça*, 246, p. 189; Acórdão da Relação de Coimbra, de 2 de Julho de 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, 1991 T. IV, p. 94; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Março de 1996, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano IV, T. 1, p. 131; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Julho de 2006 e de 12 de Setembro de 2006, [on line], disponíveis in: <http://www.dgsi.pt/jstj>).

Por fim, refira-se que, segundo o nosso entendimento, o pagamento ou o depósito do valor determinado funciona como condição suspensiva da transmissão – embora com efeito retroactivo ao momento da incorporação – e deve ocorrer no prazo determinado pela sentença, sob pena de caducidade do respectivo direito. (Neste sentido, por todos, *vide* acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Junho de 2009, [on line], disponíveis in: <http://www.dgsi.pt/jstj>).

É, obviamente, necessário apurar o valor que o prédio tinha antes da incorporação¹⁵. O prédio deve ser avaliado com base em todos os elementos valorativos que existiam à data da incorporação da obra. Ou seja, por um lado, a avaliação deve reconstituir a situação que existia antes da incorporação e tal reconstituição não deve limitar-se à configuração do prédio, mas sim abarcar toda a envolvência física e económica que se repercutia no respectivo valor. Por outro, na avaliação não devem ser levados em conta elementos que só surgiram após a incorporação (por exemplo, a construção de uma estrada nas imediações do prédio).

Acresce que deve ser apurado o valor da nova unidade predial, constituída pelo conjunto formado pela obra nova e pelo terreno e que pode corresponder, como já o dissemos, a valor diverso daquele que resultaria da mera soma dos elementos do conjunto.

O *valor acrescentado* reside na diferença entre aqueles dois valores (entre o valor da nova unidade predial e o valor que o prédio tinha antes da incorporação)¹⁶.

De acordo com a letra da lei, para que o interventor adquira o direito de propriedade sobre o terreno é necessário que o valor acrescentado à totalidade do prédio seja maior do que o valor que este tinha antes das mesmas obras.

Ora, como é evidente, para quem siga a letra da lei e atenda à totalidade do prédio para o confronto dos valores, e não apenas à parte beneficiada do prédio, nunca a acessão industrial imobiliária pode envolver qualquer problema urbanístico relacionado com o fraccionamento do solo¹⁷. Uma vez que o autor da obra adquirirá a propriedade da totalidade do prédio, pagando o valor correspondente a todo o prédio que existia antes da incorporação (devidamente actualizado), o único problema urbanístico que se pode vir a colocar prender-se-á com a legalidade ou possibilidade de legalização do edifício nele construído.

¹⁵ Na vigência do Código de Seabra, o momento regra era o da evicção. Actualmente, como resulta do exposto, o que conta, para o caso de o valor acrescentado ser maior, é o valor (do prédio) antes da incorporação.

¹⁶ Neste sentido cfr., entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2002, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

¹⁷ No acórdão de 3 de Abril de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a acessão só pode ocorrer em relação à totalidade do prédio. ([on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>).

No entanto, tal posição tem sido rejeitada pela maioria da jurisprudência. De facto, esta tem maioritariamente entendido que se, por qualquer motivo, a nova unidade económica resultante dos actos de incorporação se limitar a parte do prédio (terreno) em que estes foram realizados, ainda assim, pode ocorrer a *aquisição parcial*.

Será, por exemplo, o caso de doação verbal a um filho de uma parcela de um prédio rústico, seguida da construção de uma casa, por este, na referida parcela; de uma partilha *mortis causa* que não obedeça à forma prescrita por lei e subsequente edificação por parte de um dos herdeiros na parcela de terreno que passou a possuir como se fora proprietário exclusivo; etc.

Segundo esta segunda opinião, que não se cinge à letra da lei, tudo se reconduz a saber se as obras se integraram *na unidade económica previamente existente no prédio* ou se, pelo contrário, fizeram surgir *uma unidade económica distinta*¹⁸. “*Joga, aqui, um importante papel o critério económico para a definição dos limites de um prédio, e que se concretiza na ideia de que à unidade predial deve corresponder aquela área contínua que, para o respectivo dono, funciona como uma unidade económica*”¹⁹.

¹⁸ “*Prédio rústico é uma parte delimitada do solo com as construções nele existentes que não tenham autonomia económica*” - cfr. art. 204.º, n.º 2.

Este critério, funcionando de acordo com a delimitação que em concreto seja feita, permite que, com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Vol. III, 2.ª edição, pg. 165, se diga que os limites do prédio serão fixados de acordo com um critério económico, designadamente o de saber o que para o seu dono constitui, economicamente, uma unidade.

Deste modo poderá dizer-se que, havendo um prédio rústico destinado a uma exploração agrícola, a construção, que nele for feita pelo seu proprietário, de uma casa de habitação dará, pela sua autonomia económica, lugar a que um novo prédio urbano se destaque daquele.

E, da mesma maneira, a construção de um prédio, devidamente autorizada, feita por um terceiro em prédio rústico alheio tenderá a definir, ou não, uma nova delimitação de um prédio urbano a destacar do primeiro consoante essa construção se destinar a um fim diferente – se se tratar, nomeadamente, de uma casa para habitação, economicamente autónoma – ou se integrar na actividade económica que nele vier sendo desenvolvida – caso em que, ainda de acordo com a definição legal citada, a construção não terá autonomia económica.

Assim tem entendido este Supremo Tribunal de Justiça que, havendo essa autonomia económica, a acessão industrial imobiliária levará a que o construtor adquira apenas a parcela respeitante ao edifício – cfr. acórdãos de 4/3/86, BMJ 355-442, de 6/7/89, BMJ 389-583, de 5/3/96, Col. Jur. – STJ, 1996-I-129, de 16/4/98, BMJ 476-428, de 10/2/00, BMJ 494-347 e de 17/2/00, Col. Jur. – STJ, 2000-I-105.” (Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de Fevereiro de 2003, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>).

¹⁴ Cfr. QUIRINO SOARES, *Acessão Industrial Imobiliária*, in AAVV, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Vol. IV – *Direito das Coisas*, para publicação.

Cfr., ainda, a este respeito, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código*

Assim, o artigo 1340.º, n.º 1 do Código Civil deve ser interpretado no sentido de que “... o autor da incorporação adquire a propriedade do terreno onde estão as obras”, interpretação compatível com a expressão “adquirir a propriedade dele” (empregue na norma), uma vez que a acessão representa no fundo uma limitação imposta ao direito de propriedade do dono do terreno, impondo-se, assim, que ela se confine ao estritamente necessário para que o dono da obra adquira a parcela de terreno onde elas se situam. Daqui parecer-nos profundamente correcto que a palavra «dela» se refira apenas ao terreno onde estão as obras, sendo certo que esse sentido se coaduna com a palavra «prédio» (empregue na norma), dado que se tem em vista é a nova unidade económica surgida com as obras.”²⁰⁻²¹

Sendo a “doutrina da aquisição parcial” a actualmente dominante na jurisprudência, é evidente que, a sua aplicação prática pode, eventualmente, entrar em colisão com as limitações de interesse e ordem pública impostas pelo direito do urbanismo, uma vez que o reconhecimento ao autor da obra do direito de acessão imobiliária, ao determinar a autonomização física e jurídica da parcela onde ocorreu a edificação implica o fraccionamento do prédio

Civil Anotado, vol. III, ob. cit., p. 165. Bem como, por todos, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Abril de 1998, de 10 de Fevereiro de 2000, de 17 de Fevereiro de 2000, de 1 de Março de 2001, de 14 de Fevereiro de 2002, de 4 de Fevereiro de 2003, de 3 de Abril de 2003, [on line], disponíveis in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

²⁰ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Fevereiro de 2000, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

²¹ Quanto ao montante que deve ser pago pelo autor da obra ao dono do terreno, existe acordo quanto ao facto de em causa estar uma dívida de valor, por isso, não está condicionada ao princípio nominalista (art. 550.º do Código Civil). Mas não existe consenso quanto ao valor que deve ser pago.

A jurisprudência tem defendido que o montante a pagar pelo beneficiário da acessão deve ser a expressão pecuniária actualizada do valor que o terreno ou que a parcela de terreno, autonomizada como unidade económica – consoante a posição adoptada -, tinha antes da incorporação e deve ser referido à data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, segundo o preceituado no n.º 2 do art. 566.º do Código Civil, data que, nesta hipótese, só pode ser a da sentença final; a actualização monetária deve ser feita nos termos do art.º 551.º do Código Civil, ou seja, com referência aos índices dos preços ou à inflação.

Em sentido contrário manifestam-se ANTUNES VARELA (cfr. parecer publicado na *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano VI, T. II, 1998, p. 11 e ss.) e o Acórdão de 17 de Março de 1998, *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano VI, T. I, 1998, p. 134, considerando não ser de actualizar o valor do prédio a ser pago pelo autor das obras, uma vez que a lei é peremptória ao determinar que o Autor da incorporação adquire a propriedade, “pagando o valor que o prédio tinha antes das obras” (cfr. n.º 1 do art. 1340.º).

precisamente para fins de edificação urbana (ou para efeitos de utilização individualizada do bem edificado).

Parte da jurisprudência, a este propósito, considera que há que respeitar o fraccionamento urbanístico do prédio em que é construída a obra. Não existindo tal fraccionamento nos termos da legislação urbanística, não se pode entender que exista uma unidade económica distinta que permita a acessão apenas sobre a parcela de terreno ocupada. Nomeadamente, antes de se decidir pelo reconhecimento de uma aquisição parcelar por efeito de acessão industrial imobiliária, deve o julgador certificar-se de que não se irá consolidar uma situação desconforme com as regras que condicionam o destaque, uma vez que estas são de interesse e ordem pública, não podendo ser ignoradas pelos Tribunais.

Neste sentido se pronunciou, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 3 de Abril de 2003, afirmando que os tribunais não podem declarar a aquisição por acessão do direito de propriedade sobre uma parcela de prédio alheio *“sem que dos autos conste a prova, a produzir pelos réus por se tratar de elemento constitutivo do direito que estes se arrogam, de a Câmara Municipal competente ter emitido o respectivo alvará de loteamento ou por outra forma autorizado o destaque, como resulta do disposto nos art.ºs 1º do Dec.-Lei n.º 289/73, de 6/6, 1º e 2º do Dec.-Lei n.º 400/84, de 31/12, 1º, 3º, al. a), e 5º, do Dec.-Lei n.º 448/91, de 29/11, e 2º, al. i), 4º e 6º do Dec.-Lei n.º 555/99, de 16/12. Entende-se, pois, que o fraccionamento de prédio para efeito de construção não pode ter lugar, nem ser confirmado pelos Tribunais, com violação, ignorância ou ultrapassagem do direito do urbanismo pelo recurso ao caminho da acessão”*²².

²² Em idêntico sentido *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de Fevereiro de 2003, [on line], disponível in: http://www.dgsi.pt/jstj_ onde pode ler-se:

“É, sabido que a autonomização de parcelas de terreno, seja para com elas se constituírem novos prédios rústicos, seja para darem lugar a prédios urbanos, está subordinada a requisitos sem cuja verificação serão inválidos os respectivos actos constitutivos, não pode permitir-se que pela via da acessão industrial imobiliária se obtenha o que por via negocial não seria possível conseguir. Aliás, já em hipótese com algumas semelhanças - a de se querer frustrar o direito de preferência do confinante com a alegação de que se pretende afectar o terreno comprado à construção de uma residência - se entendeu que a correspondente excepção a esse direito de preferência - a que é prevista no art. 1381º, al. a), parte final - só funciona se se demonstrar que se poderá construir nesse local em conformidade com os condicionamentos legais - doutrina que se abona no parecer de MANUEL HENRIQUE MESQUITA publicado na Col. Jur. 1986-V-51 e também na orientação, constante e uniforme, deste STJ em casos desse tipo, evidenciada nos acórdãos de 31/1/80, 5/7/88, 22/11/88 e 11/7/91, publicados nos

Vide, ainda, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Dezembro de 2009, onde, no respectivo sumário, se pode ler:

“Oposta à pretensão do reivindicante contra-direito, fundado em invocada acessão industrial imobiliária, o pedido reconvenional deduzido só pode proceder se, para além do preenchimento dos requisitos especificamente previstos no CC, a aquisição potestativa originária da propriedade, potenciada pelo instituto da acessão, não implicar violação de normas imperativas, reguladoras da edificação e do ordenamento do território, as quais, visando proteger interesses de ordem pública, constitucionalmente consagrados, vinculam o Estado e, obviamente, também os Tribunais.”

E em cujo texto é afirmado:

“Na verdade, para além dos requisitos especificamente previstos no CC, a aquisição potestativa originária da propriedade, por ela [a acessão] potenciada, depende de não implicar violação de normas imperativas, reguladoras da edificação e do ordenamento do território, as quais, visando proteger interesses de ordem pública, constitucionalmente consagrados, vinculam o Estado e, obviamente também os Tribunais.

Não pode, na verdade, olvidar-se que na interpretação e aplicação das normas do CC relativas ao direito de propriedade de imóveis o intérprete e aplicador não pode restringir-se à estrita consideração dos tradicionais regimes de direito privado, tendo necessariamente, numa perspectiva abrangente e inter-disciplinar, que conferir o indispensável relevo aos regimes jurídicos atinentes ao direito do urbanismo e da ordenação do território e à tutela do ambiente, por essa via ponderando, na composição dos litígios, os relevantes interesses públicos que lhes subjazem: ou seja, a adequada composição dos litígios que se situam no domínio da propriedade imobiliária, conxionando-se com o fraccionamento, a divisão, o exercício do «jus aedificandi» e o próprio aproveitamento e utilização dos prédios, envolve a simultânea e concomitante ponderação e aplicação «cruzada» e articulada dos regimes de direito privado – que sempre tiveram assento no CC – e dos regimes de direito público urbanístico e de ordenamento do território, constantes de legislação avulsa.”

Acresce que dentro desta facção da jurisprudência existe, ainda, uma parte que acentua também o facto de a obra feita em terreno alheio ser uma construção ilegal, porque não licenciada.

A título de exemplo, vejam-se alguns excertos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Junho de 2005, que a propósito de uma construção clandestina e embargada, feita em prédio alheio, mantendo a decisão proferida na Relação, não reconheceu ao interessado o direito de acessão.

“Não constando que a Câmara Municipal tenha ordenado a demolição da obra embargada em 1987, não menos certo é que bem assim não consta ter depois disso concedido a competente licença.

Não se sabe se esta poderá vir efectivamente a ser autorizada ou não.

Nenhuma presunção legal existe de que o venha a ser ou a deixar de ser.

(...)

Em todo o caso, a Relação não presumiu que a obra não é licenciável: limitou-se a considerar (...) que «não é lícito presumir que venha a ser emitida licença para a construção» (tal como projectada e, em parte, executada).

Em causa, como mencionado na sentença apelada, construção feita sem licença camarária, e que o relatório pericial (...) refere ter sido feita sem respeitar os parâmetros do PDM.

(...)

Está, de todo em todo, por demonstrar a alegada «forte probabilidade de licenciamento, atenta a predisposição da Câmara para o mesmo»²³.

Ao invés, outra parte da jurisprudência considera que o que importa, mais do que verificar se existiu ou não destaque legal, é saber se poderia haver lugar ao referido destaque. Ou seja, o que importa determinar para efeitos de aceitar a acessão parcelar é saber se o fraccionamento que se vai provocar com a decisão colide, ou não, com as regras legais do ordenamento do território. Concretizando, não tem de existir destaque ou loteamento prévio; basta que tal destaque seja possível nos termos legais. Tendo o juiz elementos no processo que lhe

²³ [On line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

permitam concluir afirmativamente, apesar de não existir prévio destaque, pode decidir-se pelo reconhecimento do direito de acesso.

Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 6 de Julho de 2006, afirmando, nas conclusões, além do mais, o seguinte:

“III – Apesar de não resultar dos autos a existência de qualquer autorização expressa dos autores para que o Estado construísse a escola nos seus terrenos, a autorização, com o significado de permissão, não tem de provir de uma manifestação de vontade expressa, podendo ser dada de forma tácita, nomeadamente, pelo comportamento concludente do proprietário – art. 217.º, n.º 1, do CC.

IV – Decorrendo dos factos provados que existiu um acordo entre os AA e a CMSintra para a aprovação e concessão de alvará para loteamento dos prédios e que no âmbito do mesmo estava prevista a cedência à CM de uma parcela de terreno para equipamento de utilização colectiva, aquando e no pressuposto da concessão do alvará para loteamento dos prédios, é esta situação de facto a que verdadeiramente releva para efeitos da boa fé a que alude o art. 1340.º.

V – Tendo a boa fé persistido durante todo o período da incorporação, a falta de preenchimento posterior da condição para a concretização do negócio entre a CMS e os AA não invalida a existência do consentimento tácito para a cedência efectiva do terreno, já que tal consentimento configura precisamente a declaração tácita que pode decorrer de negócio translativo nulo por vício de forma, (falta da escritura pública de cedência à CMSintra que, por seu turno, cederia ao Estado).

VI – Apesar de os terrenos dos autores estarem situados em zona classificada pelo PDM como urbana e de a CMSintra ter licenciado a operação de loteamento, como não emitiu o competente alvará de loteamento ocorreu a caducidade do referido licenciamento.

VII – O regime aplicável à construção da escola numa parcela de terreno dos autores, não é o imposto para o regime dos loteamentos urbanos, pura e simplesmente porque o loteamento não existe, enquadrando-se, ao invés, na excepção prevista no art. 2.º, n.º 1, do DL 400/84, que prevê a possibilidade do destaque de uma única parcela de prédio inscrito na matriz.

(...)

XI – Se normas de interesse e ordem pública impõem a existência de uma zona non aedificandi, a qual diminui o valor dos terrenos que se situam à volta da Escola impedindo o seu aproveitamento urbanístico, tal diminuição tem que ser indemnizada, uma vez que só assim se obtém a atribuição da justa indemnização devida pela perda patrimonial sofrida pelos autores.”²⁴.

Expostos em geral os termos em que a nossa jurisprudência tem considerado a intersecção entre a acessão industrial imobiliária parcial e o cumprimento das disposições urbanísticas, cumpre analisá-los e tomar posição.

²⁴ [On line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

Vide, ainda, o acórdão da Relação de Coimbra, de 16 de Março de 2010, onde se pode ler:

“Os destaques podem ser levados a cabo no perímetro urbano sem prévio licenciamento ou autorização desde que as duas parcelas dele resultantes confrontem com arruamentos públicos e a construção erigida ou a erigir disponha de projecto aprovado pela câmara municipal. Fora do perímetro urbano, e cumulativamente, a lei exige que na parcela destacada só seja construído edifício destinado exclusivamente a fins habitacionais e não tenha mais de dois fogos e que na parcela restante se respeite a área da unidade de cultura fixada para a região (citado artº5º, nº 1, a) e b) e nº2, a) e b)).

Conforme resulta da matéria de facto supra descrita e dos documentos juntos aos autos, não impugnados, os prédios envolvidos na operação estão inscritos na respectiva matriz predial rústica, situando-se na freguesia de São Pedro do Sul e confrontando ambos com arruamento público (caminho e estrada). Além disso, a construção erigida na parcela destacada obedeceu a projecto aprovado pela entidade competente. Entendendo-se por perímetro urbano os solos urbanizados ou urbanizáveis (segundo João Pereira Reis e outros, in Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, 3ª ed., pág 44) não se oferecem dúvidas quanto à verificação dos requisitos do destaque em apreço, efectuado no perímetro urbano da freguesia de São Pedro do Sul.

Mas, suscitando-se dúvidas quanto à localização de tais prédios nesse mesmo perímetro urbano da freguesia de São Pedro do Sul, deve acrescentar-se que aquela matéria de facto e os documentos juntos e não impugnados, permitem também concluir que aquela construção se destina exclusivamente a fins habitacionais dos AA, não tem mais de dois fogos e que a parcela restante (do destaque) com mais de oito mil metros quadrados respeita a área de unidade de cultura fixada para a região – 2 hectares, segundo a previsão da portaria 202/70 de 21.04 para o distrito de Viseu – o que preenche também, os requisitos cumulativos para os destaques fora do perímetro urbano.

Em síntese, dando por certa a suposição da divisão material constante da sentença, o Senhor Juiz tinha à sua disposição nos autos suficiente alegação e prova para a apreciar no plano jurídico, como se procurou comprovar.

Do todo exposto resulta, portanto, e ao invés da decisão sob recurso, a verificação dos requisitos para a aquisição por acessão, já que da mesma não resulta a divisão ilegal do prédio dos RR, mormente, por violação de normas de carácter imperativo relativas ao loteamento urbano ou ao fraccionamento de prédio rústico.

III.

Destarte, julga-se procedente a apelação e revoga-se a sentença recorrida e, em consequência, declara-se que os AA A.. e B... adquiriram, por via de acessão industrial, o prédio no qual edificaram a sua casa de habitação (...)”

Efectivamente, no caso de acessão imobiliária parcial, na medida em que em causa está o fraccionamento fundiário de parte de prédio na qual se implantou já uma construção, as implicações com o direito do urbanismo são evidentes.

Podemos, desde logo, antecipar duas situações distintas, que poderão, de alguma forma, modelar o que dissermos de ora em diante:

a) a construção em causa é legal, isto é, foi construída em conformidade com os ditames jus-urbanísticos e de acordo com os procedimentos de controlo prévio dispostos para o efeito. Neste caso incluem-se as situações em que os edifícios sejam anteriores à entrada em vigor do Regime Geral das Edificações Urbanas ou as situações em que o titular do prédio autorizou a edificação a terceiro, preenchendo-se, para o efeito, os requisitos de legitimidade no âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação²⁵.

b) a construção em causa é ilegal, na medida em que foi construída em desconformidade com as regras urbanísticas materiais aplicáveis ou sem que tenha sido desencadeado o procedimento administrativo disposto para o efeito, seja ele de licenciamento ou de comunicação prévia. Estas situações serão, de longe, as mais frequentes, na medida em que, ainda que o particular tenha alinhado o seu comportamento pelos ditames urbanísticos aplicáveis aquando da construção do edifício, pode não ter dado causa às formas e procedimentos legais dispostas para o reconhecimento jurídico do edificado, o que inviabiliza a consideração da edificação como sendo legalmente preexistente²⁶.

Neste âmbito, podemos ainda diferenciar duas hipóteses:

i. a construção pode ser legalizada: os obstáculos à legalização prendem-se com a ausência de procedimentos de licenciamento, comunicação prévia ou respectivas alterações, ou com a realização de

²⁵ Aprovado pelo Decreto -Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado pelas Leis n.ºs 13/2000, de 20 de Julho, e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, pelo Decreto -Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de Fevereiro, e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 18/2008, de 29 de Janeiro, 116/2008, de 4 de Julho, e 26/2010, de 30 de Março.

²⁶ Não estando, por isso, esta edificação acoberto da garantia do existente, prevista no artigo 60.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o que significa que a sua manutenção pode sempre ser colocada em causa (ou não acolhida) por instrumentos legais e regulamentares adoptados em data posterior à sua construção. Sobre este artigo, cfr. o comentário respectivo em FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, Coimbra, Almedina, 2009.

trabalhos de correcção da obra, procedimentos estes que o interessado pode/deve desencadear²⁷, eventualmente na sequência de uma autonomização jurídica da parcela na qual se construiu o edifício a legalizar.

ii. a construção não pode ser legalizada, sobretudo por a mesma depender da alteração do quadro normativo vigente, o que não é razoavelmente expectável na pendência ou na sequência da concretização da hipótese de acessão industrial imobiliária²⁸.

Quanto à admissibilidade desta acessão parcial alguns acórdãos dos tribunais judiciais têm promovido, como vimos, uma intersecção entre direito civil e direito do urbanismo, assumindo que em causa está, como de facto está, um fraccionamento jurídico para fins de edificação urbana.

É esta a solução que pensamos ser mais razoável na maioria das situações, sobretudo quando a obra em causa for ilegal, mas passível de legalização. Isto porque não está apenas em causa a divisão fundiária do prédio para fins outros que não os construtivos – agrícolas, silvícolas, regularização de extremas, ampliação de logradouros –, mas a sua divisão de modo a destinar ou afectar definitivamente parte do prédio a construção.

Ora, de acordo com as regras urbanísticas, a cada prédio deve apenas corresponder uma única construção principal, podendo admitir-se várias construções, mas desde que estejam funcional e, por isso, indissociavelmente ligadas entre si, como, aliás, o admite o art. 57.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Como flui do disposto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Outubro de

²⁷ Mesmo nestas hipóteses, não haverá, antes do efectivo licenciamento ou admissão da comunicação prévia ou da realização dos correspondentes trabalhos de correcção, certeza de que a legalização terá lugar, na medida em que esta depende da iniciativa procedimental do particular, designadamente ao tramitar os respectivos procedimentos no prazo que a Administração lhe dê para o efeito. Referimo-nos sempre, portanto, nestes casos a juízos de probabilidade objectiva de ocorrência de tal legalização, que possam fundar a convicção do juiz na avaliação dos pressupostos de invocação da acessão imobiliária. Sobre estas questões atinentes ao procedimento de legalização, cfr. DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: Quem, Como, Porquê?* Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo), de 2 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 0633/04, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007.

²⁸ Também aqui há possibilidade de, sobretudo pela aprovação, revisão ou alteração de instrumentos de gestão territorial, tais obras virem a ser passíveis de legalização. No entanto, tratar-se-á sempre de uma hipótese excepcional, na medida em que qualquer norma jurídica deve, mais do que santificar o existente, modelar situações futuras. Assim, deve ser sempre vista como excepcional, e inevitavelmente fundamentada em imperativos de interesse público, a alteração do enquadramento normativo aplicável a uma pretensão urbanística.

2003, proferido no processo 293/03, “*Não constitui operação de loteamento a construção, num prédio que permanece indiviso, de um edifício para cobertura da piscina e de outro para cobertura de um campo de ténis e jardim pré-existentes*”, pois “*Com efeito, não foi autorizada a divisão do prédio em parcelas destinadas à construção, nem esse é um efeito da concretização da operação licenciada. A “Quinta dos ...” continua a existir como unidade, apenas com mais construções nela erigidas. Nem sequer pode razoavelmente sustentar-se que o licenciamento em causa implica a divisão do prédio, como efeito indirecto mas necessário, visto que nenhuma das construções que agora nele foram erguidas se apresenta como uma unidade funcionalmente independente relativamente à parte restante do prédio. São edificações que se integram neste, como antes nele se integravam as zonas de lazer (piscina, campo de ténis, jardim de Inverno) que vieram cobrir*”²⁹.

Nos casos em apreço, o que se pretende é precisamente a secessão de um prédio no qual já existe, pelo menos, uma edificação (aquela que constitui o fundamento da acessão industrial imobiliária), mas em que podem existir mais edificações, sendo que se visa autonomizar juridicamente o destino de uma delas e da parcela de terreno em que se suporta. Nos casos em que estas situações ocorram, o licenciamento ou admissão de comunicação prévia da edificação ou ainda a emissão da autorização de utilização, quando em causa esteja apenas a autonomização jurídica de edificações legalmente existentes, devem, em regra, ser precedidos de uma operação de divisão ou reorganização fundiária para fins urbanísticos, seja ela o loteamento, seja ela o destaque.

O loteamento consiste numa operação de divisão ou reorganização fundiária, na qual pelo menos um dos lotes se destine a construção³⁰. De

²⁹ [On line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>.

³⁰ Apesar das dúvidas que se levantavam na doutrina sobre a exigência, em data prévia e à luz do Código Administrativo, de um controlo do fraccionamento fundiário para fins urbanísticos foi inequivocamente com o Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro de 1965, que o legislador estabeleceu a figura administrativa que viria a ser, em maior medida, mobilizada para o efeito: a realização de operações de loteamento. No entanto, esta norma não era considerada suficientemente precisa, já que a venda ou anúncio de venda ou promoção de venda de terrenos, com ou sem construção, compreendidos em loteamentos, apesar de só se poderem efectuar após obtenção de licença, não determinavam a nulidade de respectivo contrato. Só com o Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, se passou a determinar que nos títulos de arrematação ou outros documentos judiciais, bem como nos instrumentos notariais relativos aos actos ou negócios referidos no número anterior, se deveria indicar número e data do alvará de loteamento em vigor, sem o que tais actos serão nulos e não podiam ser objecto de registo (artigo 27.º).

acordo com a actual formulação do artigo 2.º, alínea i) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, configuram operações de loteamento “*As acções que tenham por objecto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados, imediata ou subsequentemente, à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios ou do seu reparcelamento*”. Precisamente por estas operações serem aquelas que se presume deterem maior impacte urbanístico³¹, criando ou modificando substancialmente zonas urbanas, encontra-se-lhes aliado o cumprimento de encargos específicos, designadamente a previsão de áreas destinadas a garantir qualidade de vida, cedências para o domínio público de parcelas de terreno, pagamento de compensações, obrigatoriedade de fazer obras de urbanização quando necessário e de garantir a sua realização e pagamento de taxas urbanísticas. Às demais operações urbanísticas, que detenham impacte urbanístico relevante, podem ser impostos encargos similares aos aplicáveis no âmbito do loteamento, desde que como tal sejam consideradas nos Regulamentos Municipais aplicáveis (artigo 44.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Também por se presumir serem as operações de loteamento aquelas que, efectivamente, criam cidade, alterando ou inviabilizando outros usos potenciais do solo, encontram-se proibidas em solo rural (artigo 41.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), embora existam excepções a esta limitação espacial de cariz imperativo³².

Mas, no caso que mais directamente nos diz respeito, são os destaques as operações que permitem um fraccionamento fundiário simples (de duas parcelas), pela atestação da capacidade construtiva da área da parcela a destacar³³. Além de que permitem que este

³¹ O loteamento “destina-se a evitar, não só a desagregação da propriedade rústica, mas, sobretudo, a sua desagregação selvagem, que, não controlada, levaria à proliferação da construção sem estruturas básicas mínimas de enquadramento urbanístico”. (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de Novembro de 1994, proferido no Rec. 34069, [on line], sumário disponível in: <http://www.dgsi.pt/jsta>).

³² Para além da excepção expressa para os empreendimentos turísticos (artigo 38.º), há quem admita os loteamentos possam ocorrer tanto em solo urbano como em solo rural, salvo em zonas incontrovertidamente qualificadas como rurais (ANDRÉ FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 80). Esta proibição, porém, nem sempre existiu, já que os primeiros diplomas nesta matéria admitiam loteamentos em solo rural. Apenas com o Decreto-Lei n.º 448/91, se passou a restringir o uso deste instrumento urbanístico às áreas classificadas nos planos municipais de ordenamento do território como urbanas, urbanizáveis e industriais (artigo 8.º).

³³ Dizemos por regra já que, apesar de as operações de loteamento poderem hoje resultar apenas um lote para construção (configurando o demais o prédio sobranço), este

fraccionamento ocorra sem que se lhe tenha de se aliar o cumprimento de encargos urbanísticos específicos, excluindo, portanto, a relevância das operações de loteamento do nosso objecto de análise³⁴.

Estas operações de destaque surgiram, na nossa legislação urbanística com o Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro. Este diploma considerava que se encontravam fora da noção de loteamento as situações de destaque, isto é de celebração de negócio jurídico do qual resulte a divisão de uma única parcela, *desde que o prédio se situe dentro do aglomerado urbano*, a parcela confronte com arruamento público e o particular detenha projecto aprovado para a construção no máximo de dois fogos (com correspondente ónus de não fraccionamento pelo prazo de 10 anos).

Com o Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, passaram a prever-se situações de destaque nos aglomerados urbanos e nas áreas urbanas, desde que do destaque não resultem mais de duas parcelas que confrontem com arruamentos públicos e a construção a erigir disponha de projecto aprovado pela câmara municipal; fora desses aglomerados e áreas urbanas, desde que a parcela a destacar se destine exclusivamente a fins habitacionais e não tenha mais de dois fogos e na parcela restante se cumpra a unidade mínima de cultura. Também se admitia que, havendo plano de urbanização ou plano de pormenor, o destaque passasse a obedecer apenas às condições previstas no plano, sendo documento bastante, para efeitos de registo predial, certidão do plano respectivo (artigo 5.º).

Mais recentemente, com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o artigo 6.º passou a diferenciar entre os destaques dentro e fora de perímetro urbano, admitindo que a concretização dos mesmos pudesse ser feita através de acto notarial ou directamente no registo

não será o cenário normal em situações de divisão fundiária simples, não só pelas limitações espaciais que o loteamento conhece, como pelo regime legal mais exigente que se lhe encontra aliado. Para maiores desenvolvimentos sobre a distinção entre loteamento e destaque, cfr. DULCE LOPES, “Destaque – Um Instituto em Vias de Extinção?”, *Direito Regional e Local*, n.º 10, 2010.

³⁴ Efectivamente, o que é dito em texto não vale para situações mais complexas como as do loteamento e das Áreas Urbanas de Génese Ilegal, porque aqui valem as exigências de previsão de parâmetros de dimensionamento e de eventuais cedências e compensações, que não podem ser aferidas ao nível meramente civil (acessão e usucapião), o que supõe ineliminavelmente uma determinação destes encargos por intermédio de uma actuação administrativa de natureza constitutiva (e não apenas certificativa, como sucede no destaque).

predial, desde que com apresentação de certidão de destaque emitida pela Câmara Municipal.

Precisamente pela simplicidade deste procedimento, pelo facto de os destaques se poderem realizar normalmente em solo rural e pelo facto de os mesmos não se encontrarem sujeitos a encargos urbanísticos, há quem critique a sua consideração como loteamentos simples, destacando que se trata de figuras *sui generis* de secessão fundiária³⁵.

Quanto a nós, apesar de apontarmos as semelhanças evidentes do destaque com a figura do loteamento, não deixamos de considerar que o *modus operandi* do destaque difere substancialmente dos actos de licenciamento ou admissão de comunicação prévia de uma operação de loteamento, já que não se traduz aquele num acto autorizativo (emitido na sequência de solicitação do interessado), mas num procedimento complexo em que concorrem um acto certificativo da Administração Municipal (a certidão de destaque)³⁶ e um acto voluntário do interessado.

E é a esta manifestação de autonomia privada que se assacam, *in fine*, os efeitos de fraccionamento fundiários decorrentes do destaque, posto que os interesses urbanísticos estejam devidamente salvaguardados pela intervenção administrativa que precede aquela manifestação. Ou seja, a certidão de destaque representa apenas um primeiro passo no processo de fraccionamento do solo, já que esta secessão fundiária depende, sempre, da manifestação de vontade do interessado, perante a entidade competente, desde que devidamente instruída com aquela certidão.

Naturalmente que o legislador urbanístico, na regulamentação destas situações, apenas pensou nas hipóteses em que o legítimo proprietário do prédio o pretende dividir, seja directamente na conservatória, seja por via negocial (por exemplo, com a alienação de parte do seu prédio a terceiros). Ao passo que nas situações a que fazemos referência, a vontade no fraccionamento jurídico do prédio é manifestada por quem não é seu proprietário, sendo necessário fazer intervir o instituto da acessão imobiliária parcial (ou o da usucapião parcial) para que aquela

³⁵ ANDRÉ FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização e Edificação*, cit., p. 61 e Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, proferido no processo CP 89/2002 DST-CT.

³⁶ Sobre a caracterização do destaque como verificação constitutiva, cfr. NUNO MIGUEL MARRAZES DE MELO, “As certidões de destaque enquanto actos verificativos da legalidade urbanística de uma operação de reestruturação fundiária”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 29/30, 2008, p. 222. e DULCE LOPES, “Destaque – Um Instituto em Vias de Extinção?”, loc. cit.

divisão fundiária se concretize e o direito do titular sobre o novo prédio surja.

No que se refere aos requisitos destes destaques, o artigo 6.º, na versão inicial do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, exigia que, em perímetro urbano, as parcelas resultantes do destaque confrontassem com arruamentos públicos e que a construção erigida ou a erigir na parcela a destacar dispusesse de projecto aprovado quando exigível no momento da construção.

No entanto, com a alteração promovida pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o legislador deixou de indicar a necessidade de apresentação de projecto aprovado (que era entendido como a aprovação de um projecto de arquitectura). Já antes desta alteração, duvidávamos da utilidade da aprovação daquele projecto, uma vez que este servia apenas para efeitos de certificação do destaque, podendo nunca chegar a ser concretizado (designadamente porque a parcela destacada era alienada a outrem que podia não se rever no projecto apresentado). Pelo que agora apenas se exige uma intervenção municipal que confirme que o prédio a constituir através do destaque permite uma utilização urbanística, de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor, isto é, é suficiente a emissão de uma informação camarária confirmativa da referida capacidade edificativa³⁷.

Em solo rural, o destaque depende do preenchimento de dois requisitos cumulativos: que na parcela destacada só seja construído edifício que se destine exclusivamente a fins habitacionais e não tenha mais de dois fogos (devendo ser registado este condicionamento da construção) e que na parcela restante se respeite a área mínima fixada no

³⁷ Efectivamente, estas operações não estão isentas do cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente as constantes de planos municipais e especiais de ordenamento do território e as regras técnicas de construção (artigo 6.º, n.º 8). Imagine-se, por exemplo, que um particular pretende destacar uma parcela que se encontra abaixo da área mínima de parcela ou que se localiza numa zona *non aedificandi*. Nestes casos, a Câmara Municipal deve recusar-se a emitir a correspondente certidão, por estar em causa um fraccionamento de prédios não destinados a construção. Do mesmo modo, tratando-se de fraccionamento de um prédio em que já se mostra esgotada a edificabilidade permitida pelos instrumentos de planeamento, deve a emissão da certidão de destaque ser recusada, sob pena de se poder permitir a violação destes instrumentos. No sentido do necessário controlo das disposições legais e regulamentares aquando da emissão da certidão de destaque cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Março de 2008, proferido no processo 0442/07, [on line], disponível *in*: <http://www.dgsi.pt/jsta>.

plano de intervenção em espaço rural em vigor ou, quando aquele não exista, a área da unidade de cultura fixada nos termos da lei geral para a respectiva região.

Em qualquer um dos casos, e como forma de compensação ou de limitação do recurso a operações de destaque – consideradas, em solo urbano, uma forma de “fuga” aos loteamentos e no solo rural como únicas operações direccionadas para a divisão de terreno para fins de edificação urbana –, o artigo 6.º impõe um ónus de não fraccionamento por intermédio de *novos destaques* tanto da parcela destacada como da parcela da qual ela resultou pelo prazo de 10 anos³⁸.

Havendo, portanto, formas legalmente dispostas para que se possa proceder à divisão fundiária do solo com vista à edificação urbana, os Tribunais, antes de se decidirem pelo reconhecimento de uma aquisição parcelar por efeito de acessão industrial imobiliária, devem certificar-se de que não irá consolidar-se uma situação desconforme com as regras que limitam aquele fraccionamento de prédios.

No entanto, consideramos que não pode ser o Tribunal isoladamente, em face das disposições legais, a decidir se se preenchem ou não os requisitos para a verificação de uma situação de fraccionamento fundiário para fins urbanísticos. Na nossa perspectiva, o Tribunal não se pode substituir à Câmara Municipal e proferir sentença que tenha o valor da certidão que à Câmara compete emitir em matéria de destaque, para assim reconhecer o direito de adquirir por acessão que envolve a autonomização jurídica da parcela de terreno. O Tribunal deve, isso sim, demandar que o incorporador demonstre que, caso já fosse proprietário, teria a possibilidade de, à luz das prescrições urbanísticas, proceder, por si

³⁸ Questão de relevo prende-se com as situações em que um destaque ocorra simultaneamente em solo urbano e em solo rural, na medida em que o regime aplicável a cada uma destas situações é diferenciado. Neste caso, algumas soluções eram apontadas pela doutrina, fosse a aplicação do regime aplicável à maior área do prédio mãe (ou outra regra estipulada através de deliberação municipal), fosse a aplicação da aplicação do regime correspondente à área ou à maior parte da área objecto de destaque. Neste último sentido foi o Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, proferido no processo R.P. 126/2004, segundo o qual “quando a parcela se localize em zona mista (...) é também a certidão emitida pela Câmara Municipal respectiva que propicia ao conservador do registo predial o conhecimento dos pressupostos de facto (...), a ele incumbindo a definição do critério a adoptar na valoração desses elementos factuais”. Actualmente, o artigo 6.º, n.º 10 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação fornece uma resposta para estas situações, tendo ido, precisamente, no sentido do Parecer referido, isto é, no sentido da aplicação das regras do destaque correspondentes ao estatuto da parcela a destacar ou da maior área da parcela a destacar.

só, à divisão do prédio. Este há-de ser considerado um passo prévio, mas indispensável, seja para a autonomização jurídica do prédio (e da construção nele legalmente existente) mediante a acessão, seja para a autonomização e posterior legalização do edificado.

Afirmada a necessidade de que a possibilidade de fraccionamento para fins de edificação urbana seja apreciada pelo Tribunal como questão prévia à concretização da acessão – na medida em que a acessão se apresenta como um meio de obter o referido fraccionamento –, e feita a defesa de que esta apreciação deve ser feita pelo órgão com competência para o efeito: a Câmara Municipal³⁹, cumpre definir ainda qual o instrumento urbanístico que mais se coaduna a este fim.

Vimos que, na nossa legislação urbanística, as operações de divisão fundiária para fins de edificação urbana são o destaque e o loteamento. No entanto, a concretização destas operações depende da prova, perante o Município, da legitimidade urbanística do interessado.

Em especial, o art. 9.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação aponta para a necessidade de qualquer requerimento ou comunicação constar a identificação do requerente ou comunicante, com a indicação da qualidade de titular de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística pretendida, controlo este que, normalmente, é feito através da apresentação da certidão da descrição predial emitida pela conservatória do registo predial.

O controlo da legitimidade — ainda que feito de forma perfunctória na fase de saneamento do procedimento administrativo — é, assim, um pressuposto procedimental subjectivo de qualquer procedimento urbanístico, seja ele de licenciamento ou de admissão de comunicação prévia, seja ele, em bom rigor, de certificação de destaque⁴⁰.

³⁹ Apesar de o artigo 6.º, n.º 9, do RJUE se referir à competência da Câmara Municipal para a emissão da certidão de destaque, o artigo 65.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, permite genericamente a delegação de competências desta no presidente da câmara.

⁴⁰ Como refere o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de Maio de 2002, processo n.º 043831, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jsta>, “*Essa prova, de que decorre a legitimidade dos requerentes nos processos de licenciamento, deve-se reportar à data do pedido de licenciamento, mas deve manter-se verdadeira, ou seja, actualizada, até à prolação do acto final de licenciamento. O que significa que as alterações das situações de facto verificadas após o início do processo se apresentam relevantes, pois que o que se visa essencialmente é que o acto definidor da situação seja proferido num quadro de situações reais*”. Por este motivo se impõe que a substituição do requerente ou comunicante seja comunicada ao gestor do procedimento (art. 9.º, n.º 9), sob pena de imposição de uma contraordenação [art. 98.º, n.º 1, alínea o)].

O único desvio a esta regra de legitimidade prende-se com os pedidos de informação prévia que, nos termos do art. 14.º e seguintes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, são actos prévios de natureza verificativa, mas que conformam constitutivamente os actos de licenciamento ou de admissão da comunicação prévia que se lhe vierem a seguir.

Tendo em conta a lógica dos pedidos de informação prévia, os mesmos apenas deveriam, em princípio, ser reconhecidos a quem tivesse legitimidade para requerer um eventual pedido de licenciamento ou apresentar uma comunicação prévia, o que, aliás, sucedia antes da entrada em vigor do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Este diploma veio, no entanto, alargar a legitimidade nestes procedimentos, desde que, quando o requerente não seja o proprietário do prédio, o pedido de informação prévia inclua a identificação daquele bem como dos titulares de qualquer outro direito real sobre o prédio, através de certidão emitida pela conservatória de registo predial, devendo estes ser notificados da abertura do procedimento (cfr. n.ºs 3 e 4 do art. 14.º).

Embora este alargamento facilite a possibilidade de um particular interessado na aquisição de um determinado prédio formular um pedido de informação prévia, a verdade é que se o proprietário do prédio não estiver interessado na venda deste (ou na constituição de um qualquer direito que permita a concretização da operação urbanística), a informação prévia favorável de nada serve ao seu titular, visto que, não obstante esta, ele não terá direito ao licenciamento, admissão da comunicação prévia ou autorização se, entretanto, não tiver adquirido a titularidade de um direito que lhe confira legitimidade para o efeito⁴¹.

⁴¹ Como é referido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Janeiro de 2008, proferido no processo 0549/07, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jsta>, “A constituição ou não de direitos ou expectativas legítimas, depende da titularidade, pelo Requerente de alguma das posições jurídicas a que se reporta o artº 10º, nº2 do DL. 445/91”, pelo que “Não sendo a Autora proprietária, locatária titular do direito de uso de habitação, superficiária, dos prédios (um rústico e um urbano) respeitantes à área de implantação do projecto a que se reporta o pedido de informação prévia, e não tendo quaisquer poderes de representação, pelo menos em relação à proprietária de um dos prédios, nem antes, nem depois, de ter obtido o deferimento do pedido de Informação Prévia que formulou, não se constituiu em relação a ela nenhum direito ou expectativa legítima, por força do aludido deferimento”.

Para maiores desenvolvimentos sobre o sentido desta alteração legal, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., comentário ao art. 14.º.

No caso do destaque, embora admitamos que a certidão que atesta a divisibilidade e edificabilidade do prédio possa ser emitida a pedido de quem não é proprietário ou titular de um direito que sobre o mesmo permita edificar – por analogia com o regime jurídico aplicável ao pedido de informação prévia, uma vez que também aqui há boas razões para aferir da viabilidade do fraccionamento do uso do solo, caso se venha, mais tarde, a deter legitimidade para o efeito –, não é despiciendo assinalar que aquela certidão nunca é, nem nunca foi, suficiente para a concretização do destaque. Esta concretização depende ainda do efectivo exercício da faculdade de divisão do solo que assiste ao proprietário; portanto, faculdade esta que só pode ocorrer quando reconhecida legitimidade ao particular para o efeito.

Esta divisão fundiária ocorre, por isso, no momento da concretização da acessão, uma vez que nesta sede – judicial –, confluirão não apenas a atestação da possibilidade de fraccionamento do prédio, como também a demonstração de vontade para o efeito, permitindo-se, assim, de forma simultânea, a constituição de um direito de propriedade novo sobre um novo prédio – que corresponde ao que anteriormente era uma parte de outro prédio – e a respectiva definição de quem é a titularidade.

É claro, do exposto, que consideramos não dever ser condição para a declaração judicial da acessão industrial imobiliária parcial o prévio destaque do prédio (isto é a efectivação do seu fraccionamento jurídico pela concretização do destaque na conservatória de registo predial), por um lado, porque consideramos que a acessão, por si só, produz o fraccionamento⁴², por outro, por tal condição ser objectivamente impossível de concretizar num momento prévio ao da acessão, já que é este acto que configura o marco de aquisição da legitimidade, inclusive urbanística.

No entanto, já é exigível que seja comprovado, no âmbito do processo judicial em curso, que a parcela do prédio a individualizar por intermédio da acessão, para além de poder ser autonomizada juridicamente, comporta a construção que nela foi erigida. E isto porque é,

⁴² Como resulta do exposto, obviamente, não consideramos que após a declaração judicial da acessão industrial imobiliária parcial seja necessário efectuar o destaque; ao invés, este concretiza-se no momento desta declaração judicial.

como vimos, um pressuposto da acessão a *incorporação consistente no acto voluntário de realização da obra*⁴³.

Ora, esta consistência liga-se à elevada probabilidade de manutenção da obra, que terá de ser avaliada no momento da apreciação da acessão pelo Tribunal. Caso contrário, poderá ser decretada a acessão relativamente a prédios, suportada no maior valor acrescentado quando, na realidade e de um ponto de vista urbanístico, a nova unidade predial não é subsistente, designadamente por violar normas legais imperativas (servidões e restrições de utilidade pública) ou instrumentos de gestão territorial directamente vinculativos dos particulares.

Neste caso, firmada a impossibilidade de legalização, a solução devida do ponto de vista urbanística será – salvo em casos excepcionalíssimos – a demolição da obra realizada a expensas do seu proprietário⁴⁴. Ora, o desencadear destas medidas de tutela da legalidade urbanística, previstas no art. 102.º e seguintes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, pode comprometer irremediavelmente os pressupostos de que dependeu a acessão, designadamente o da consistência da obra e o do seu valor.

Por estes motivos, deve o Município ser chamado a apreciar não apenas a divisibilidade do solo (em função da capacidade edificativa da parcela a separar) como também a razoável subsistência da edificação que motiva a acessão industrial imobiliária parcial, o que impõe a aferição da compatibilidade desta com as normas e requisitos urbanísticos aplicáveis à área em causa⁴⁵.

⁴³ Este nível de apreciação apenas não é exigível nas situações de edificações legalmente existentes, uma vez que nestas apenas será relevante determinar a sua separabilidade relativamente ao restante prédio (e eventuais edificações neste existentes).

Com esta nota pensamos ser explícito que estamos num segundo nível de indagação de questões urbanísticas: já não nos referimos à certificação da possibilidade de fraccionamento do prédio, mas à aferição da possibilidade de legalização da edificação que naquele se implantou. No entanto, apesar de, do ponto de vista do urbanismo, estas duas questões terem alguma precedência entre si, do ponto de vista civil, ambas concorrem de forma simultânea para o preenchimento dos requisitos de que depende a acessão.

⁴⁴ Excepcionalíssimos porque convocam a alteração do enquadramento legal ou regulamentar vigente, o que carece de adequada fundamentação. Sobre as medidas de tutela de legalidade, cfr. DULCE LOPES, “Medidas de tutela da legalidade urbanística”, *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 2004.

⁴⁵ Note-se que o momento relevante para a definição das regras urbanísticas aplicáveis é o da legalização e não o da execução da obra, de acordo com a regra *tempus regit actum*. Como a legalização depende da prática de um acto administrativo de licenciamento ou de admissão de comunicação prévia, os pressupostos de legitimidade deste devem aferir-se no momento da sua prática (artigo 67.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), o que aproxima, em termos temporais, esta apreciação

O mecanismo mais adequado para o efeito parece ser, precisamente (tal como sucede para a atestação da possibilidade de fraccionamento do solo), a certidão que instrui o pedido de destaque.

No caso de solo urbano, porém, como deixou de ser exigível a apresentação e aprovação de um projecto pela certidão que instrui o destaque, esta atestará apenas a capacidade edificativa objectiva da parcela. Por exemplo, referirá que num prédio com $x \text{ m}^2$, ao qual se aplica o índice de y , a área de construção admitida é de $z \text{ m}^2$, por exemplo.

Em face da generalidade de uma certificação desta natureza, nem sempre será possível determinar, com a segurança exigível ou possível, que a obra em causa é passível de ser legalizada, na medida em que as *nuances* dos procedimentos de legalização são de tal ordem que a mera definição de grandes parâmetros urbanísticos aplicáveis pode não ser um elemento suficiente para firmar a apreciação judicial da verificação das condições da legalização e, por isso também, da consistência da obra para efeitos de acessão.

Quer-nos parecer que nestes casos mais complexos – verdadeiros *hard cases* – , competirá ao interessado lançar mão de um mecanismo mais oneroso mas que, ao mesmo tempo, acautela mais os interesses de segurança jurídica e de equidade que com a acessão industrial imobiliária se pretendem acautelar. É este instrumento a informação prévia mediante a qual se aprecia uma operação urbanística concreta (neste caso de edificação), definindo as suas características essenciais, designadamente em termos de enquadramento urbanístico e arquitectura, ou, mesmo, antecipando a totalidade da operação urbanística que será sujeita a comunicação prévia (art. 14.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Esta informação prévia tem, como antevimos, efeitos constitutivos e permite firmar a possibilidade de construção ou de legalização de uma determinada construção nos precisos termos em que a mesma se encontra edificada. Para além do mais, não se colocam aqui, como vimos, obstáculos atinentes à legitimidade, já que o art. 14.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, admite que o requerente do pedido de informação prévia não seja o proprietário do prédio, havendo, nestes

casos, um interesse legítimo manifesto que justifica o alargamento do requisito da legitimidade urbanística.

Assim, quando não tenha sido ainda afirmada a possibilidade, realista e razoável, de legalização de uma construção, designadamente porque esta, tal como se encontra (sem trabalhos de correcção ou de alteração) ultrapassa o índice da parcela ou porque se trata de uma zona sujeita a condicionantes legais que prevêm a pronúncia vinculativa de entidades externas⁴⁶, deve o pedido de informação prévia ser o mecanismo exigível para que se permita o funcionamento da acessão industrial imobiliária, fazendo-se, assim, surgir um novo prédio.

III. A usucapião

Como é consabido, a usucapião⁴⁷ é um efeito da posse.

⁴⁶ Nestes casos, a certidão municipal que viabiliza o destaque terá, ela própria, uma mais-valia limitada, por a ocupação daquela área estar sujeita a pronúncia de outras entidades, que não são ouvidos em sede de destaque, mas que já o são no âmbito de um procedimento de informação prévia (art. 15.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

⁴⁷ A usucapião, vocábulo que deriva de *usus + capio* (e, por isso, significa etimologicamente “tomar através do uso”) é, como se sabe, um instituto muito antigo (anterior à Lei das XII Tábuas) que teve e nunca deixou de ter, como ideia-mãe, a posse (*possessio*) durante determinado tempo mínimo, de boa fé (*bona fides*) e com justa causa (*iusta causa*) ou título.

Na época clássica (que decorre entre 130 a.c. e 230) a *usucapio* dependia dos seguintes pressupostos:

- cidadania romana;
- posse ou *possessio ad usucapionem*, que não se confundia com a detenção, posse precária ou *possessio naturalis*;
- *res*, corpórea e *in commercio*;
- *iusta causa* da posse, que traduzia, em regra, uma relação negocial ou disposição judicial ou administrativa;
- duração da posse (pelo menos, dois anos nos *fundi* e um ano nas outras coisas);
- boa fé do possuidor – que consistia na convicção do possuidor, quando adquiria a posse, de que não lesava um direito alheio.

Diversa da *usucapio* era a *longi temporis praescriptio* (que, provavelmente surgiu, ainda na época clássica, na Grécia). Este instituto, ao contrário daquele, quando surgiu não tinha efeito aquisitivo; atribuía apenas àquele que tinha a *possessio* com *iusta causa* a possibilidade de paralisar a *actio* do proprietário que não houvesse reagido contra a posse contrária durante dez ou vinte anos, consoante vivessem ou não na mesma cidade. Portanto, funcionava como uma *exceptio* e fundamentava-se, sobretudo, na tolerância ou inacção que fazia presumir a falta de direito do demandante.

No entanto, a *longi temporis praescriptio* aproximou-se da *usucapio*, antes da época justinianeia, passando ambos os institutos a constituir modos de aquisição da coisa com base na *possessio* com *iusta causa* e na *bona fides* do possuidor. Por isso, Justiniano realizou a sua fusão – embora as fontes falem de *usucapio* em relação a coisas móveis e de *longi temporis praescriptio* para as coisas imóveis.

A *usucapio* justinianeia dependia dos seguintes requisitos:

- a posse da coisa, com *animus* de ser possuída como correspondendo ao exercício de um direito real – *possessio ad usucapionem*;

De acordo com a norma do art. 1251.º do Código Civil, “*posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.*” Posse é, assim, segundo a concepção subjectivista que perfilhamos (tal como boa parte da doutrina e a maioria da jurisprudência nacionais), o exercício de poderes de facto sobre uma coisa em termos de um direito real (*rectius*: do direito real correspondente a esse exercício). Envolve, portanto, um elemento empírico – exercício de poderes de facto – e um elemento psicológico-jurídico – em termos de um direito real. Ou por outras palavras, supõe:

- o *corpus* que consiste no domínio de facto sobre a coisa⁴⁸.
- o *animus* que consiste na intenção de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente àquele domínio de facto⁴⁹.

– duração da posse: três anos nas coisas móveis e dez ou vinte anos nas imóveis, respectivamente, entre residentes na mesma ou em diferente província; o tempo devia ser contínuo, porque a interrupção da posse implicava a sua perda, mas admitia-se a *successio* e a *accessio*;

– *res habilis*, ou seja, *res* idónea para ser usucapida (não o era, por exemplo, a *res extra commercium*);

– *iusta causa*: consistente num negócio jurídico – que só não tinha permitido adquirir a propriedade por sofrer de um vício de fundo (aquisição a *non domino*) ou por ser inidóneo (*traditio* em vez de *mancipatio* ou *iure cessio*) – ou numa disposição judicial ou administrativa;

– *bona fides*: a consciência do possuidor, quando começava a possuir, de que não lesava um direito alheio, comportando-se, portanto, como uma pessoa de bem (*mala fides superveniens non nocet*).

Provada a *iusta causa*, a *bona fides* presumia-se, passando a impender sobre a parte contrária o ónus de provar a sua falta.

Entretanto, na época pós-clássica uma *constitutio* de Constantino criou a *quadraginta annorum praescriptio*, que supondo *possessiones* de quarenta anos, tempo decorrido por qualquer razão, dispensava a *iusta causa* e a *bona fides*.

O imperador Teodósio II, no ano 424, reduziu os quarenta anos a trinta, criando uma nova *praescriptio* que desempenhava uma dupla função: extintiva de *actiones* e aquisitiva; sem necessidade de *iusta causa* e de *bona fides*.

Anastásio, em 491, confirmou todas as “*temporales exceptiones quae ex vetere iure vel principalibus decretis descendunt*” e determinou que as *actiones* não expressamente compreendidas nessas *exceptiones* prescreviam no prazo de quarenta anos.

Em 528, uma *constitutio* de Justiniano mantendo a *trinta vel quadraginta annorum praescriptio* veio exigir a *bona fides* “*ab initio*”, considerando indigno quem houvesse iniciado o exercício da posse de má fé. A par desta *longissimi temporis praescriptio* ou *usucapio* extraordinária, foi mantida a *longi temporis praescriptio* ou *usucapio* ordinária a favor de quem, com *iusta causa* e de *bona fides*, tivesse exercido posse durante dez ou vinte anos, consoante vivesse, respectivamente, na mesma província ou não.

Vide, a este propósito, SANTOS JUSTO, “A presença do direito romano no direito português: a *usucapio*”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, STVDIA IVRIDICA*, 70, *Colloquia – 11, Separata de Jornadas Romanísticas*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, bem como a bibliografia aí indicada; *idem*, *Direito Privado Romano – III (Direitos reais)*, *STVDIA IVRIDICA* 26, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 73-75; *Direitos Reais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, ob. cit., p. 186 ss..

⁴⁸ Domínio esse que se traduz no exercício efectivo de poderes materiais sobre a coisa ou na possibilidade empírica desse exercício.

O possuidor pode agir por força do direito real de que é titular, caso em que a sua posse é uma projecção ou expressão de um *ius in re* existente. Chama-se a essa posse causal, por ter causa no direito. Mas, o possuidor pode também agir sem direito real nenhum (ou porque nunca intentou adquiri-lo, ou o intentou adquirir por acto inválido ou inexistente). Tem então uma posse sem fundamento, sem causa, num direito dado, uma posse autónoma a que se chama posse formal⁵⁰. E é esta posse formal ou autónoma que constitui um fenómeno jurídico *sui generis*⁵¹.

Acrescente-se que, na nossa perspectiva, não obstante a posse ser *o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real*, nada obsta a que exista posse formal em termos de direito de propriedade sobre uma parte de uma coisa. Ou seja, apesar de o direito de propriedade incidir, como já referimos, em regra, sobre a totalidade da coisa (certa, determinada e autonomizada juridicamente), segundo o nosso entendimento, nada obsta a que exista posse em termos de direito de propriedade sobre parte de uma coisa ainda não autonomizada, mas susceptível de vir a sê-lo⁵².

Na verdade, o próprio legislador de forma indirecta e implícita também o admite. A prová-lo está o facto de permitir que através da invocação da usucapião seja constituída a propriedade horizontal (cfr. art.

⁴⁹ Por ser difícil fazer prova da posse em nome próprio, que não seja coincidente com a prova do direito aparente, estabelece o art. 1252.º, n.º 2 uma presunção da posse em nome próprio por parte daquele que exerce o poder de facto, ou seja, daquele que tem a detenção da coisa (*corpus*). O exercício do *corpus* faz presumir a existência do *animus*.

⁵⁰ Lembramos que art. 1268.º, n.º 1 consagra a presunção de que o possuidor é o titular do direito.

Por seu turno, o Código de Registo Predial estabelece que “*o registo predial definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que registo o define*”.

Pode, desta forma, surgir um conflito entre a presunção derivada da posse e a presunção derivada do registo. Todavia, o próprio art. 1268.º, n.º 1 fornece a solução para este conflito ao estabelecer que prevalece a presunção derivada da posse, excepto se houver uma presunção registal anterior ao início da relação possessória. Portanto, se o registo não for anterior ao início da posse, prevalece a presunção derivada desta.

⁵¹ ORLANDO DE CARVALHO, “Introdução à Posse”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 122.º, nº 3781, p. 105

⁵² Também nada impede que exista posse em termos de propriedade superficiária sobre obra ou árvores já existentes em terreno alheio. Por isso, se por hipótese, através de documento particular, *A* “constituir”, a favor de *B*, um direito de superfície sobre obra ou árvores já existentes no seu prédio, *B*, em virtude do vício de forma, não adquirirá o direito de superfície, mas se tiver *corpus* e *animus* será, naturalmente, possuidor em termos de propriedade superficiária.

1417.º), bem como, a aquisição do direito de propriedade sobre a água de fontes e nascentes existentes em prédio alheio (cfr. art. 1390.º, n.º 2)⁵³.

Segundo o disposto no artigo 1287.º do Código Civil, “*a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião*”.

A aquisição mediante a usucapião depende da existência de uma posse, pública e pacífica (cfr. arts. 1293.º, a), 1297.º e 1300.º, n.º 1, todos do Código Civil)⁵⁴, exercida em termos de um dos direitos reais susceptíveis de serem usucapidos (cfr. art. 1293.º do Código Civil), durante um certo lapso de tempo⁵⁵.

Todos os que podem adquirir, inclusive os incapazes (por si, se tiverem o uso da razão – cfr. art. 1266.º do Código Civil –, ou por seus legais representantes), podem usucapir⁵⁶.

Mas, para o que ora mais interessa, a usucapião, para ser eficaz, necessita de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente. “Não há, portanto, uma aquisição *ipso jure*, mas uma faculdade de adquirir atribuída ao possuidor, ou aos credores deste, ou a terceiros com interesse na aquisição”⁵⁷. A usucapião também não pode ser conhecida *ex officio* pelo

⁵³ De facto, em todos os casos em que o legislador consagra excepções ao princípio da totalidade e, assim, permite que o direito que tem por objecto o solo não abranja tudo o que nele esteja implantado, admite também que os direitos que concretizam excepções ao referido princípio sejam adquiridos mediante a invocação da usucapião.

⁵⁴ Consequentemente, se a posse tiver sido constituída com violência ou tomada ocultamente os prazos da usucapião só começam a contar-se desde que cesse a violência ou a posse se torne pública.

Quanto às restantes características da posse (boa ou má fé, titulada ou não titulada) e quanto ao facto de existir ou não registo da mera posse influenciam apenas a duração do período de tempo exigido por lei.

⁵⁵ Variável conforme a natureza móvel ou imóvel dos bens sobre que a posse incida e consoante a posse seja titulada ou não titulada, de boa ou de má fé e exista, ou não, registo da mera posse ou registo do título (cfr. arts. 1294.º, 1295.º, 1296.º [para imóveis] e art. 1298.º [para móveis sujeitos a registo], todos do Código Civil).

Figura que assume grande importância em matéria de tempo de posse necessário para invocar a usucapião é, como se sabe, a acessão da posse que permite ao possuidor somar a sua posse à do seu antecessor (cfr. art. 1256.º).

Em matéria de tempo de posse relevante para a invocação da usucapião, lembramos, ainda que são aplicáveis à usucapião as regras da suspensão e interrupção da prescrição, (art. 1292.º), pois em ambos os casos há de comum um aspecto que é a repercussão que o tempo pode ter na alteração de situações jurídicas, extinguindo direitos, por um lado, e criando-os, por outro.

⁵⁶ Cfr. o n.º 2 do art. 1289.º do Código Civil.

⁵⁷ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 56.

jugador (art. 303.º aplicável por força do disposto no art. 1292.º)⁵⁸.

Invocada triunfantemente a usucapião⁵⁹, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse (art. 1288.º Código Civil), e o momento da aquisição do direito coincide com o do início da posse (cfr. 1317.º, c), do Código Civil).

Quem preencha os requisitos previstos na lei para invocar a usucapião, pode fazê-lo extrajudicialmente⁶⁰ através de uma escritura de justificação notarial (cfr. arts. 89.º e ss. do Código do Notariado)⁶¹ ou no âmbito do processo de justificação a correr nos serviços do registo predial (cfr. art. 116.º e ss. do Código de Registo Predial, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho)⁶², quer relativamente a prédios não descritos ou descritos mas sem inscrição de aquisição, reconhecimento ou mera posse – justificação *para obter a primeira inscrição ou para estabelecimento do trato sucessivo* –, quer em relação a prédios descritos com inscrição de aquisição, reconhecimento ou mera posse em vigor – justificação *para estabelecimento de novo trato sucessivo*^{63 64}.

⁵⁸ No entanto, a invocação da usucapião pode ser tácita, se os factos alegados integrarem, de modo manifesto, os respectivos elementos ou requisitos constitutivos e revelarem a intenção inequívoca de fundar o direito na usucapião. (Neste sentido, *vide* Acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 1984, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 336, 1984, p. 433 e ss. e de 18 Novembro 2008, [on line], disponível: [in http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/44475760#ixzz0n3QEh700](http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/44475760#ixzz0n3QEh700)).

⁵⁹ A usucapião pode ser invocada pelo representante, nos termos do art. 1252.º, n.º 1, do Código Civil, ou por terceiro com interesse na sua invocação, por via judicial ou extrajudicial, conforme disposto no art. 305.º do Código Civil, aproveitando aos demais compossuidores quando a posse seja exercida por vários e invocada apenas por um, resultando do art. 1291.º a regra da solidariedade entre os compossuidores.

⁶⁰ Sobre a justificação de direitos para fins de registo predial, *vide* MÓNICA JARDIM, *A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade*, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2009, p. 447 e ss..

⁶¹ A escritura de justificação notarial para a “primeira inscrição” foi admitida e regulada pela primeira vez pelo Decreto-Lei n.º 40603, de 18 de Maio de 1956.

Por sua vez, a escritura de justificação tendente ao estabelecimento de novo trato sucessivo foi legalmente admitida pela primeira vez no Código de Registo Predial de 1984.

⁶² Foi o Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro, na sequência de uma política de desjudicialização de matérias que não consubstanciavam verdadeiro litígio, o diploma que operou a transferência de competências em processos de carácter eminentemente registal dos tribunais judiciais para os próprios conservadores de registo, extinguiu o processo de justificação judicial e criou o processo de justificação nas conservatórias (refira-se que as bases já tinham sido lançadas com o Decreto-Lei n.º 312/90, de 2 de Outubro, que criou um processo especial de suprimento da prova de registo, organizada na própria conservatória competente para o lavar).

⁶³ A justificação *para estabelecimento de novo trato sucessivo*, contempla as situações em que se verifique uma quebra na cadeia das aquisições derivadas, gerando, conseqüentemente, a necessidade de o justificante invocar a posse conducente à usucapião, enquanto causa originária da aquisição. A usucapião implica, assim, um novo trato sucessivo a partir do titular do direito justificado.

De facto, segundo o nosso entendimento, não obstante as justificações serem um meio fácil e expedito para que qualquer interessado que possa invocar a titularidade do *direito*, mas que não disponha do documento legalmente necessário para instruir o pedido de registo, consiga obter a respectiva publicidade registal, não são apenas instrumentos para *actualização* dos direitos publicitados pelo registo, podendo ser utilizadas, também, para invocar, de forma expressa ou tácita, a usucapião.

Ou seja, apesar de em causa estarem meios de suprimento de títulos, entendemos que a lei não obriga o interessado que tenha legitimidade quer para invocar a usucapião, quer para intervir como justificante, a invocar previamente a usucapião caso pretenda recorrer à justificação. Ao invés, não encontramos obstáculo legal que, em regra, impeça o interessado de recorrer aos referidos meios de suprimento para invocar a usucapião e para obter o referido “título formal”⁶⁵.

Assim, quando a justificação vise *o estabelecimento do trato sucessivo* ou *o restabelecimento de novo trato sucessivo* e a usucapião não tenha sido anteriormente invocada, não é aquela um simples meio de suprir a falta de documento comprovativo da aquisição originária, é também, e em primeiro lugar, o meio extrajudicial através do qual o interessado invoca a usucapião.

Não obstante o acabado de expor, consideramos que a invocação da usucapião, quando extrajudicial, se efectua mediante declaração que, na nossa perspectiva, não está sujeita a forma específica.

Ou seja, segundo o nosso entendimento, se se pretender obter o registo do direito usucapido, como o registo só pode ser lavrado com base

⁶⁴ Saliente-se que sendo alegada a usucapião baseada em posse não titulada, a lei, desde 1984, obriga a que se aleguem “as circunstâncias de facto que determinam o início da posse” (cfr. os actuais arts. nos arts. 89.º e 91.º do Cód.Not.). Porque assim é, não basta que na escritura de justificação se indiquem os fundamentos materiais e objectivos que tornam possível a aquisição originária, é ainda necessário explicar quais as circunstâncias concretas que estiveram na origem da posse.

⁶⁵ Na verdade, esta é a actuação da esmagadora maioria das pessoas que invocam tacitamente a usucapião nas justificações. (Para mais pormenores, *vide* MÓNICA JARDIM, *A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade*, loc. cit., p. 513 e ss.).

No mesmo sentido, *vide* JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, nota 1217, p. 423.

Em sentido oposto, afirmando que a invocação extra-judicialmente deve ser feita, necessariamente, através de escritura de justificação notarial ou mediante acção intentada nos serviços do Registo Predial, *vide*: FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Usucapião – Constituição Originária de Direitos através da Posse*, ob. cit., p. 73 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 237.

em documentos, o interessado terá de recorrer à justificação notarial ou ao processo de justificação a correr nos serviços do registo predial para, assim, obter um “título formal” que, de acordo com a lei, viabilize a publicitação do direito adquirido originariamente. No entanto, o facto de se ter de recorrer à escritura ou ao processo de justificação para obter o registo do direito não significa que o recurso a tais expedientes seja imposto por lei para invocar a usucapião. De facto, valendo, em matéria de invocação da usucapião, a regra da liberdade de forma (cfr. art. 219.º do Código Civil), a referida invocação pode ocorrer, por exemplo, mediante mera declaração verbal. Assim, apesar de não ser vulgar, nada obsta a que primeiro se invoque a usucapião, por qualquer forma, e depois se recorra à justificação, apenas e só para obter o “título formal” que permita a publicitação do direito usucapido⁶⁶.

Por fim, refira-se que não obstante o Decreto-Lei nº 273/2001, de 13 de Outubro, ter extinguido o processo de justificação judicial, ao mesmo tempo que criou o processo de justificação a correr nas conservatórias e de, assim, a competência material para o processo de justificação de registo, a partir de Janeiro de 2002, ter passado a competir em exclusivo, e não em alternativa, ao conservador do Registo Predial, *desde que não haja qualquer litígio ou conflito que tenha de ser judicialmente dirimido*, a usucapião não deixou de poder ser invocada judicialmente. Muito ao invés, havendo litígio *ab initio* em torno da existência ou da titularidade do direito, o interessado não deve recorrer ao processo de justificação a correr nas conservatórias, mas sim intentar a respectiva acção judicial, evitando, deste modo, actos e procedimentos inúteis no registo.

Por isso, é extremamente frequente a referida invocação no âmbito de uma acção de defesa do direito de propriedade (v.g. acção de reivindicação e acção negatória) e isto quer por parte do autor, quer por parte do réu⁶⁷.

Posto isto, voltemos à questão do nosso trabalho: pode ser invocada a usucapião apenas sobre uma parcela de terreno se tal envolver um “destaque” ilegal?

⁶⁶ Para mais pormenores, *vide* MÓNICA JARDIM, A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade, loc. cit., p. 517 e ss..

⁶⁷ *Ibidem*.

Ou, ao invés, pode-se afirmar que a usucapião, como forma de aquisição originária, deve prevalecer sobre as normas que sucessivamente têm vigorado em matéria de urbanismo?⁶⁸

Na prática, a solução dada ao problema não tem sido uniforme.

Vejamos então qual tem sido a posição assumida pelos notários e pelos conservadores para, de seguida, indicarmos a solução adoptada pelos nossos tribunais e, por fim, apresentarmos o nosso entendimento.

Os notários enquanto garantes da legalidade e, por isso, em obediência às normas do urbanismo, têm em conta a lei em vigor no momento em que se verificou o início da posse e desde que este seja posterior à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, recusam-se a lavrar a escritura de justificação, sempre que não tenha havido prévio destaque.

Na ausência de destaque prévio (ou de loteamento) os conservadores, nas mesmas circunstâncias, indeferem o pedido formulado no processo de justificação.

Tal ocorre porque, na perspectiva dos notários e dos conservadores, a justificação – por escritura ou através do processo – não pode nunca ser um meio através do qual se obtenha um “título formal” *que viole* qualquer disposição legal, como é o caso típico das normas relativas ao ordenamento do território vigentes à data do início da posse (data à qual, relembramos, se adquire a propriedade quando é invocada a usucapião).

Acresce que a posição assumida pelos notários e pelos conservadores coincide com a do Conselho Técnico dos Registos e do Notariado.

Segundo sabemos, quer notários quer conservadores não sugerem aos interessados que solicitem à Câmara Municipal qualquer tipo de certidão onde esta ateste que a parcela de terreno é susceptível de destaque, exigindo antes que aqueles apresentem já concretizado, por qualquer meio, o “destaque” ou a aquisição de parte do prédio.

⁶⁸ Estas nossas indagações apenas fazem sentido, para a posição dominante, nas situações em que o início da posse – data a que retrotraem os efeitos da usucapião – ocorra em data posterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho. Isto porque só com este diploma se cominou com nulidade a inexistência de loteamento, quando exigível. Não obstante, vozes dissonantes há que defendem a possibilidade de aferição actual destes requisitos. Esta parece ser a posição de ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, ob. cit., nota 209, p. 129, uma vez que defende, em matéria de acessão, que a lei aplicável é a que estiver em vigor “à data em que o facto denunciador do direito potestativo for exercido, por aplicação da parte final do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil de 1966”, e nada, aparentemente, justificará uma posição diversa da sua parte em matéria de usucapião.

Em resumo, o interessado, ao invocar a usucapião sobre uma parcela de um prédio, caso não tenha obtido o prévio destaque, i.e. a um fraccionamento fundiário prévio do prédio, não conseguirá ver satisfeita a sua pretensão, quer recorra a uma justificação notarial ou ao processo de justificação a correr nas conservatórias.

Porque sempre assim foi, antes da entrada em vigor do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, não raras vezes os interessados fraudulentamente dirigiam-se à repartição de finanças da área onde se localizava a parcela de terreno que pretendiam usucapir e declaravam que pretendiam inscrever um prédio que se encontrava omissa há mais de quarenta anos e que tinha sido por si adquirido há mais de vinte anos. Não lhes sendo exigida a apresentação do título aquisitivo, conseguiam, deste modo, geralmente, criar um novo prédio na matriz; inscrito o prédio em seu nome, deslocavam-se ao notário e obtinham a escritura de justificação sem se depararem com os obstáculos relacionados com as regras do urbanismo, desde que não tivessem feito uma construção clandestina.

Na hipótese de terem construído sobre a parcela do prédio que pretendiam usucapir, nem desta forma, arditosa e fraudulenta, o interessado conseguia obter a escritura de justificação, uma vez que o notário lhe exigia a apresentação da autorização de utilização que, em regra, inexistia (ou inexistia na titularidade de quem pretendia arrogar-se a aquisição do prédio por usucapião). Ou, mais rigorosamente, o interessado que tivesse construído sobre a parcela de terreno – que passava a constar nas finanças como prédio autónomo –, só obtinha “título formal” para registo através de uma escritura de justificação se conseguisse provar que a construção tinha sido realizada antes de 7 de Agosto de 1951 ou em data em que no respectivo concelho ainda não vigorasse o Regulamento Geral das Edificações Urbanas⁶⁹.

⁶⁹ A este propósito passamos a citar NETO FERREINHA e ZULMIRA NETO DA SILVA, *Manual de Direito Notarial*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 498 e ss.:

“O art. 4.º do Decreto-Lei 281/9, de 26 de Julho, veio estabelecer que a justificação que tiver por objecto prédios urbanos fica sujeita à disciplina deste diploma.

O normativo em causa, procurando superar os efeitos nocivos do diferendo interpretativo gerado à roda do art. 44.º da Lei 46/85, de 20 de Setembro (saber se na transmissão de prédios urbanos seria de exigir a licença de utilização ou simplesmente a de construção), estatuiu que nos respectivos títulos de transmissão se devia mencionar o alvará de licença de utilização (ou a sua isenção), alvará que, quando requerido mas não emitido, podia ser substituído pelo alvará de licença de construção, observados certos requisitos.

Parece, assim, ter sido intenção do legislador exigir que nas escrituras de justificação que tenham por objecto prédios urbanos se mencione a licença de utilização ou referir que os prédios foram construídos ou inscritos na matriz antes da entrada em vigor do Regulamento Geral das Edificações Urbanas – Decreto-Lei n.º 38382, de 07-08-51.

Esta posição redundante, como é bom de ver, na formulação de exigências por vezes verdadeiramente diabólicas aos interessados na invocação da usucapião parcial, exigindo-lhes uma tarefa instrutória e probatória desrazoável que não consegue ser cumprida senão por recurso a vias fraudulentas ou não correspondentes à realidade dos factos.

Se a posição dos notários e conservadores em face do problema em análise sempre foi unívoca – apesar de, na nossa perspectiva, como explicitaremos, inadequada –, o mesmo já não se pode dizer da assumida pelos nossos tribunais nacionais.

De facto, por um lado, encontramos decisões que manifestam o seguinte entendimento:

As normas do direito do urbanismo *“porque prosseguem fins de utilidade pública relevantes, são de ordem pública.*

*Assim, e porque o art. 1287.º do Código Civil salvaguarda a existência de disposição em contrário, a posse do direito de propriedade não gera usucapião quando o accionamento de tal mecanismo legal viole as referidas disposições legais, as quais prosseguem um salutar e equilibrado ordenamento do território”*⁷⁰.

As decisões tomadas neste sentido nunca levantam sequer a questão de saber se ainda poderá ser legalizada a situação fáctica criada, uma vez que apenas tomam em consideração a situação existente que é, precisamente e paradoxalmente, aquela que se pretende ver alterada.

Por isso, por exemplo, no sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Outubro de 2004, se pode ler:

“A posse sobre as fracções prediais em causa com os requisitos necessários à aquisição do respectivo direito de propriedade por usucapião não releva para esse efeito se não estiver autorizado o respectivo loteamento ou destaque pela autoridade administrativa competente.”

O assunto foi submetido em 23-05-2002 à apreciação do Conselho Técnico, que deliberou que a citada norma (art. 4.º do Decreto-Lei n.º 281/99) quis condicionar a justificação de direitos sobre prédios urbanos à comprovação da existência da correspondente licença de utilização, criando assim, um novo requisito de admissibilidade – cfr. p. 6 do II caderno do Boletim dos Registos e do Notariado, n.º 6/2002 -, pelo que teria de se fazer prova documental da existência da correspondente licença de utilização ou de que o imóvel estava dela dispensado, por ter sido construído ou inscrito na matriz antes de 07.08.951 (ou em data em que no respectivo concelho ainda não vigorasse o Regulamento Geral das Edificações Urbanas).”

⁷⁰ Cfr. o sumário do Acórdão da Relação de Lisboa, de 18 de Abril de 2002, [online], disponível in: <http://www.dgsi.pt.jtrl>.

Acresce que, pelo menos numa ocasião, a Relação de Lisboa, para além de seguir o entendimento exposto, não considerou que a data do início da posse pudesse ser a relevante para apurar se a usucapião conduziria, ou não, a uma operação urbanística ilícita. Afirmando:

“A aquisição fundada em usucapião só poderia ser reconhecida se o respectivo prazo tivesse decorrido inteiramente antes de vigorar o regime legal impeditivo da realização de negócios jurídicos que tenham por efeito, directo, ou indirecto, a formação de lotes de construção. No fundo, e como se referiu, as partes, não podendo obter o pretendido fraccionamento do lote por meio de negócio jurídico, também não o poderão atingir por meio de uma qualquer acção judicial. Não podem ser atingidos, através do processo civil fins que os interessados não possam alcançar fora do processo.”⁷¹

A par destas decisões, surgem outras diametralmente opostas, das quais retiramos os excertos que passamos a transcrever:

– *“Fundando-se a usucapião directa, imediata e exclusivamente na posse, no conteúdo desta se encontrando o do direito adquirido, com total independência dos direitos que sobre a coisa impendiam antes desta originária aquisição, tem de concluir-se que a eventual ilegalidade do fraccionamento é inidónea para interferir e afectar a aquisição assim operada.”⁷²;*

– *“Sempre se dirá que o facto de a posse dos RR ter, porventura, infringido normas sobre o urbanismo, se mostraria completamente inócuo.*

É que, como tantas vezes Durval Ferreira o faz sobressair, “a posse é agnóstica”. Justamente, em sede de Usucapião e Leis de Ordenamento do Território afirma este autor: «A eventual ilicitude ou imoralidade de tal apoderamento serão irrelevantes, pois, a posse é agnóstica” E acrescenta: “Em tema de posse ou de usucapião, a eventual ilicitude substantiva do título não macula: ao invés até beneficia», invocando aqui o disposto no art 1259º CC. Referindo de seguida: «Mas será essa posse boa para, pelo decurso do tempo, poder conduzir à aquisição do direito, a cuja imagem se possui, por usucapião? A resposta

⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Outubro de 2006, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

⁷² Cfr. sumário do acórdão da Relação de Lisboa, de 17 de Maio de 2007, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl>.

è igualmente afirmativa». (Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, 2ª ed, p 469 e ss.)”⁷³;

– “1. Não constitui uso anormal do processo, nos termos do artº 665º do CPC, a pretensão, de, gorada que foi a tentativa de divisão, por via administrativa de prédio misto em regime de compropriedade, se pretender tal divisão, por via judicial, mediante a invocação da usucapião.

2. A usucapião pode fundamentar a divisão de prédio em regime de compropriedade, maxime se os comproprietários dividiram verbalmente o prédio e passaram a exercer a posse exclusiva sobre a parcela ou quinhão que acordaram ficar a pertencer-lhe.”⁷⁴;

– “A questão que pode colocar-se é a de saber se a usucapião pode ser invocada como forma de legitimar a divisão material de um prédio contra o disposto em normas que impedem a celebração de negócios com o mesmo resultado.

A questão tem sido discutida e decidida, de forma predominante, no sentido da prevalência da usucapião, nos casos previstos no art. 1376º do CC, de separação de parcelas com área inferior à unidade de cultura [Cfr., entre outros, os Acs. da Rel. de Coimbra de 2.5.89, BMJ 387-671 e de 9.10.90, BMJ 400-750, da Rel. do Porto de 9.1.95, CJ, XX, 1, 189 e da Rel. de Évora de 26.10.2000, CJ XXV, 4, 272; também Pires de Lima e Antunes Varela, *CC Anotado*, III, 2ª ed., 269]. Cremos que, nos casos como os dos autos, em que a limitação decorre das regras dos loteamentos, a solução não poderá deixar de ser idêntica [Neste sentido o Ac. da Rel. de Coimbra de 28.3.2000, CJ XXV, 2, 31]⁷⁵;

– “Como se refere no citado Ac. da Rel. de Coimbra de 28.3.2000, perante um tão longo decurso do tempo (por que perdurou a alegada posse), deixa de fazer sentido a invocação do interesse público que preside às restrições impostas à divisão, assim como deixa de fazer sentido a invocação da prévia sujeição aos condicionalismos ligados ao urbanismo, devendo o sistema jurídico absorver a situação e reconhecer

⁷³ Cfr. acórdão da Relação de Lisboa, de 19 de Março de 2009, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl>.

⁷⁴ Cfr. sumário do acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de Julho de 2006, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl>.

⁷⁵ Acórdão da Relação do Porto, de 4 de Julho de 2002, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrp>.

aos AA., pela via da usucapião, a exclusividade do seu direito de propriedade sobre a parcela.”⁷⁶.

Refira-se, por fim, que sobre esta questão tomou posição o Supremo Tribunal de Justiça, através do seu acórdão de 2 de Fevereiro de 2010, declarando:

“Vedando o disposto no art. 49.º do citado Decreto-Lei n.º 555/99 a celebração de negócio jurídico que tenham por efeito, directo ou indirecto, a formação de lotes urbanos sem a existência da referida licença ou da prova da sua isenção, também não podem os interessados obter a mesma finalidade através de uma acção judicial. Logo, não pode o recorrido obter o referido destaque através do instituto de usucapião, pois de outro modo, permitir-se-ia ao tribunal substituir as autoridades administrativas no que concerne à autorização de loteamentos ou de verificação da legalidade dos destaques prediais que é prévia à emissão da pertinente certidão comprovativa.”^{77 - 78}.

⁷⁶ Acórdão da Relação do Porto, de 4 de Julho de 2002, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrp>.

⁷⁷ [On line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>.

⁷⁸ Em momento anterior, o Supremo Tribunal havia-se pronunciado favoravelmente sobre a possibilidade de através de a usucapião poderem ser adquiridas parcelas com área inferior à unidade de cultura, não obstante o art. 1376º do Código Civil, considerando que: *“O estado de facto criado pela divisão feita pelos comproprietários sem escritura ou auto público pode converter-se em estado de direito, pelo princípio da usucapião, se cada um dos comproprietários tiver exercido posse exclusiva sobre o quinhão que ficou a pertencer-lhe na divisão e tal posse se revestir dos requisitos legais.”* (Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Março de 2004, [on line], disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj>).

Recorde-se que QUIRINO SOARES, *Acessão e Benfeitorias*, loc. cit., p. 24, embora a propósito da acessão, mas com argumentos que valem igualmente para a usucapião, havia assumido posição diametralmente oposta, afirmando:

“É certo que os actos de fraccionamento de prédios rústicos contrários ao disposto no artigo 1376.º e no artigo 20.º do D-L 384/88 (emparcelamento) são meramente anuláveis, nos termos do artigo 1379.º e do artigo 47.º, do D-L 103/90, de 22/3, e que, por isso, não podem ser recusados pelo notário com fundamento naquele motivo de invalidade.

Uma coisa, porém, é a função notarial, definida no artigo 1.º do Código do Notariado, destinada a registar os actos jurídicos extrajudiciais, dando-lhes a forma legal e conferindo-lhes autenticidade, e outra, bem diferente, é a judicial, que visa assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e resolver os conflitos de interesses públicos e privados, de harmonia com o direito e a lei.

Entender-se-ia mal que o juiz tivesse que reconhecer um direito potestativo de aquisição (como é o derivado da acessão industrial imobiliária) que, desde logo, ficava sob a "espada de Democles" da anulabilidade do acto que o exercitou (o pedido); muito mal se entenderia, ainda, que uma tal decisão de reconhecimento daquela aquisição pudesse ter uma característica condicional (ficaria condicionada a uma posterior acção de anulabilidade, interposta ao abrigo do artigo 1379.º).

As mesmas razões de interesse geral que estão na base da atribuição ao Ministério Público de legitimidade para a acção de anulação justificam que seja vedado ao juiz decidir na completa indiferença pela tutela de tais interesses.”

Cumpre, agora, e sobretudo em face dos mais recentes desenvolvimentos jurisprudenciais, assumir posição sobre esta polémica.

Em nosso entender a usucapião é um meio alternativo de constituição do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo através da posse, no pressuposto de que essa aquisição, em abstracto, também poderia ter lugar através de outro meio legal de aquisição.

No entanto, porque consideramos que pode haver posse em termos de direito de propriedade sobre parte de uma coisa ainda não autonomizada, entendemos que nada obsta a que uma parcela de terreno possa ser objecto de posse e que, uma vez verificados os requisitos legais, seja invocada a usucapião, apesar de não existir um prévio destaque. E isto porque, nesta hipótese, como começamos por referir, a usucapião, em simultâneo, é um meio de autonomizar a referida parcela e uma forma de aquisição originária do direito real⁷⁹.

Mas, apesar do acabado de referir, na nossa perspectiva, a usucapião não pode funcionar como uma «válvula de escape» para adquirir um direito que de outro modo seria insusceptível de aquisição, sob pena de se deixar entrar pela janela o que se impediu que entrasse pela porta.

Vejamos com mais pormenor.

As situações de usucapião parcial são, como vimos também quanto à acessão industrial imobiliária, as que mais dúvidas levantam quanto à articulação entre direito civil e direito do urbanismo. E estas especiais dificuldades prendem-se com a pluralidade de situações que se podem verificar:

- i. a usucapião pode referir-se a partes de prédios nos quais se localiza uma edificação, *maxime* ilegal⁸⁰;
- ii. a usucapião pode incidir sobre partes de prédios que o interessado visa expressamente ou concludentemente⁸¹ destinar a edificação;

⁷⁹ Ao invés, por respeito às normas do ordenamento do território – não obstante a possibilidade haver posse em termos de direito de propriedade sobre parte de uma coisa ainda não autonomizada –, não consideramos viável o recurso à usucapião se não estiver autorizado o loteamento exigido por lei. Pela mesma razão, também entendemos que a usucapião não pode ser o meio de legalizar Áreas Urbanas de Génese Ilegal.

⁸⁰ No caso de a mesma ser legal, porque anterior à entrada em vigor do RGEU, vimos já não ser discutível a ocorrência de usucapião, desde que a edificação possa ser separada do prédio mais amplo em que se inseria.

⁸¹ Será este, por exemplo, o caso de o interessado ter já dado início a um

iii. a usucapião pode incidir sobre parte de prédios sem que o interessado pretenda dar uma utilização urbanística ao prédio.

No primeiro caso, em que a usucapião se refere a prédios que dispõem de uma obra ilegal já implantada, é inegável que o fraccionamento pretendido visa dividir urbanisticamente um prédio em dois, destinando um destes prédios à construção (ou à legalização do imóvel existente). Neste caso, pensamos estar perante uma situação muito similar à da acessão e que, por isso, deve ser resolvida por recurso ao mesmo *instrumentarium*.

Assim, consideramos que a aquisição originária mediante a invocação da usucapião não pode ser aceite como forma de defraudar as normas de direito do urbanismo⁸² e não encontramos razões para que se não exija a certificação dos requisitos para o “destaque”, nos termos do disposto no art. 6.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação⁸³.

No entanto, neste caso, ao contrário do que parece ser a tramitação nos cartórios notariais, nas conservatórias e em alguns tribunais, o destaque (enquanto resultado do procedimento complexo a que já aludimos) não deve ser visto como um pressuposto do direito usucapido cujo “título formal” para registo é obtido no final da justificação notarial, do processo de justificação a correr nas conservatórias ou da acção judicial⁸⁴, muito ao invés, o fraccionamento do solo e o surgimento do novo prédio ocorre com a usucapião ao mesmo tempo em que é adquirido originariamente o direito real. Porque assim é, tal como em matéria de acessão industrial imobiliária, não faz logicamente sentido exigir-se qualquer destaque sobre a parcela para que a justificação ocorra ou para que seja julgada procedente a acção judicial onde foi invocada a usucapião. E, sempre se acrescentará que, quem fizer tal exigência, por não aceitar que a usucapião, por

procedimento de licenciamento ou de admissão de comunicação prévia no Município para uma dada localização, apenas colocando a questão da aquisição por usucapião quando o requerimento ou apresentação são rejeitados por ausência de prova de legitimidade no processo urbanístico.

⁸² Do mesmo modo que a constituição da propriedade horizontal, através da usucapião, só é possível quando as “fracções” satisfaçam os requisitos dos arts. 1414.º e 1415.º do Código Civil.

⁸³ Recordamos que, em matéria de propriedade horizontal o Tribunal não pode alterar o título constitutivo em violação das normas legais em vigor, nomeadamente, sem a aprovação de todos os condóminos e sem a junção de documento da Câmara Municipal comprovativo de que a alteração está em conformidade com as leis e regulamentos em vigor na autarquia.

⁸⁴ Mas, como resulta do exposto, na nossa perspectiva, a viabilidade do destaque, essa sim, é um pressuposto do direito.

si só, seja apta a fraccionar o prédio e a fazer surgir uma nova coisa, necessariamente, há-de negar o próprio direito a invocar a usucapião parcial.

Anota-se, no entanto, uma diferença particularmente relevante em relação à acessão que é a de, nestes casos, não ter de se atestar a possibilidade de legalização da concreta construção erigida na parcela a usucapir, na medida em que o valor da obra não assume, na usucapião, o papel de requisito que, como vimos, tem na acessão. Basta que se ateste a edificabilidade da parcela a autonomizar, através da certificação da possibilidade da ocorrência do destaque, sem ser necessário dar-se início a um procedimento de informação prévia que se debruce especificamente sobre o edifício nela construído.

É precisamente esta intenção de ajustamento entre usucapião e fraccionamento para fins urbanísticos que exige uma modelação das regras aplicáveis àquela: por um lado, não deve ser possível declarar sem mais a usucapião, quando necessária ou declaradamente a parcela a usucapir venha a ser destinada a edificação; por outro lado, tem de se admitir que o fraccionamento fundiário ocorra com a usucapião, sob pena se inviabilizar qualquer destaque no prédio e, bem assim, a preterição de expectativas fundadas dos privados na aquisição de um bem.

Em qualquer uma das hipóteses analisadas, portanto, pensamos ser essencial a indagação do respeito pelos ditames jus-urbanísticos, já que um reconhecimento genérico de situações de usucapião parcial, sem averiguação da possibilidade de sujeição das mesmas a destaque implicaria, com grande probabilidade, a regularização de operações urbanísticas nelas existentes em desrespeito das exigências urbanísticas aplicáveis. E isto sobretudo em virtude do facto de não se estabelecer, expressa e eficazmente, um cruzamento de informações entre estas situações de divisão fundiária e as hipóteses de concretização de operações urbanísticas para a área fraccionada⁸⁵.

No entanto, também nos parece que o momento adequado para que o destaque se concretize e produza os seus efeitos – de fraccionamento do solo – corresponde ao momento da aquisição por usucapião parcial. Esta desempenha, afinal, o mesmo papel que a manifestação de vontade tem

⁸⁵ A única intersecção com o âmbito urbanístico reside na necessidade de comunicação ao Município dos negócios jurídicos de que resulte o fraccionamento ou divisão de prédios rústicos, nos termos do artigo 50.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, previsão esta à qual se encontra associada a imposição de uma contraordenação, nos termos previstos no artigo 98.º, n.º 1, alínea q) do mesmo diploma.

num destaque que ocorra em situações normais (i.e., naquelas situações em que o interessado na divisão do prédio seja, precisamente, o seu titular): a de fraccionar o prédio para fins de edificação, atenta a possibilidade, atestada por certidão municipal, para que tal suceda.

Mais complexas se revelam, porém, as hipóteses em que a usucapião parcial opera sem que haja qualquer construção urbana na parte do prédio a usucapir ou sem que resulte clara e inequívoca a intenção de sujeitar a área em causa a uma finalidade edificativa.

Neste caso, a exigência de certidão de destaque parece claramente despropositada, em face da utilização não urbanística que se pretende dar à parcela. Importa, nestes casos, proceder à distinção entre a divisão fundiária que se configura como uma operação urbanística (ou se liga indissociavelmente a esta) e a divisão fundiária que não tem subjacente qualquer motivação de destinar a parcela a destacar a edificação urbana.

Efectivamente, a figura do destaque, tal como, aliás, o instituto do loteamento, dependem da afectação dos lotes ou parcela a *construção urbana*, isto é, da sua destinação a *usos urbanos* (habitacionais, comerciais, industriais), excluindo-se, portanto, a destinação a outros fins, (agrícolas, florestais, cinegéticos, etc.), o que significa que não deve haver lugar à intervenção municipal sempre que sejam estes que estejam em causa⁸⁶.

Nestas situações, de puro fraccionamento fundiário, haverá que indagar – e, mesmo aqui, apenas eventualmente, em face das oscilações da jurisprudência analisada – do preenchimento de requisitos de fraccionamento fundiário de prédios rústicos (cujas caracterização se pretende, assim, manter)⁸⁷.

⁸⁶ Sobre estas limitações da actuação municipal e sobre a distinção entre operações urbanísticas e operações de fraccionamento fundiário, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, *ob. cit.*, comentário ao artigo 2.º.

⁸⁷ Neste âmbito particular, do fraccionamento fundiário de prédios rústicos, o legislador aponta sempre para o cenário do emparcelamento como a operação de ocorrência desejável, já que é com ele que se consegue uma melhor satisfação do aproveitamento agrícola, pecuário, etc. do solo. O fraccionamento está sujeito a requisitos estritos, como sucede com a impossibilidade de fraccionamento em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima, correspondente à unidade de cultura fixada para cada zona do País de terrenos aptos para cultura (artigo 1376.º do Código Civil), sob pena de invalidade do acto que tenha determinado tal fraccionamento (1379.º). Ainda de acordo com o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 384/88, de 25 de Outubro, a divisão em substância de prédio rústico ou conjunto de prédios rústicos que formem uma exploração agrícola viável só poderá realizar-se:

a) Para efeitos de redimensionamento de outras explorações, operada nos termos

Apesar desta regulamentação específica das situações de fraccionamento predial no direito civil, a jurisprudência também diverge sobre a necessidade de respeito dos requisitos para que o mesmo ocorra, designadamente quanto à indispensabilidade de garantia da unidade mínima de cultura. Pensamos, no entanto, que razões ponderosas há – de interesse público, ainda que não urbanístico –, para controlar o cumprimento deste requisito, sob pena de, também aqui, se deixar entrar pela janela aquilo a que se quis fechar a porta.

Conclusão

A necessidade de um diálogo permanente entre direito civil e direito do urbanismo evidencia-se claramente em casos-tipo como os da acessão industrial imobiliária e usucapião parciais.

Estes casos não esgotam as situações de intersecção entre aqueles dois ordenamentos – pense-se, por exemplo, em situações mais complexas como sucede com os negócios jurídicos de fraccionamento de prédios rústicos situados em solo urbano, que se analisam, por exemplo, numa partilha extrajudicial de herança ou numa área urbana de génese ilegal e que convocam o cenário do loteamento –, mas permitem que se articule um conjunto de instrumentos que, em última linha, impedem a consolidação de situações jurídicas em desconformidade com as exigências urbanísticas de uma correcta ocupação do espaço.

Assim, sempre que o particular pretenda fazer valer uma situação de acessão industrial imobiliária – precisamente em face do valor acrescentado introduzido por uma construção edificada em prédio alheio –, ou de usucapião – nos casos em que esta se refira a uma área em que se

da citada lei;

b) Para reconversão da própria exploração ou se a sua viabilidade técnico-económica não for gravemente afectada;

c) Se da divisão resultarem explorações com viabilidade técnico-económica.

O artigo 1377.º refere ainda que a proibição do fraccionamento não é aplicável, apelando, em grande medida para a destinação urbanística de prédios rústicos, nos seguintes casos:

a) A terrenos que constituam partes componentes de prédios urbanos ou se destinem a algum fim que não seja a cultura;

b) Se o adquirente da parcela resultante do fraccionamento for proprietário de terreno contíguo ao adquirido, desde que a área da parte restante do terreno fraccionado corresponda, pelo menos, a uma unidade de cultura;

c) Se o fraccionamento tiver por fim a desintegração de terrenos para construção ou rectificação de estremas.

localize uma edificação ou o interessado a pretenda inequivocamente afectar a uma finalidade edificativa –, é necessário indagar se se mostram cumpridos os requisitos dispostos no ordenamento jus-urbanístico para a divisão fundiária do solo.

Esta indagação passará, nos moldes que expusemos, pela apresentação de uma certidão que defina os pressupostos para a viabilização do fraccionamento, de modo a que, seja o juiz, seja o conservador ou o notário possam, sem se imiscuir ou sem prescindir do exercício das competências municipais, apreciar globalmente todos os pressupostos e implicações das situações de acessão industrial imobiliária e usucapião.

Não obstante, consideramos que é no momento em que se invocam a acessão industrial imobiliária e a usucapião que o fraccionamento fundiário ocorre, individualizando-se *uno acto* a coisa e definindo-se os direitos sobre a mesma.

Propomos, assim, uma terceira via entre quem, incongruente, exige a concretização de um destaque prévio à ocorrência da acessão ou da usucapião – posição esta que equivaleria à negação da própria possibilidade de acessão ou usucapião parcial, já que estas formas de aquisição originária incidiriam sobre uma coisa já individualizada –, e quem ignora as exigências urbanísticas – que se encontram, como vimos, traduzidas na certificação da possibilidade de ocorrência do destaque –, pondo em causa a tutela de interesses públicos imperativos.

Com a posição advogada assegura-se, assim, que os requisitos objectivos para a ocorrência do destaque são salvaguardados, apenas se permitindo o fraccionamento fundiário e a aquisição da propriedade por quem não era legítimo proprietário do “prédio mãe” quando tal ocorra.