

O desaparecimento e recomposição de imóveis — a perda, a acessão e a demarcação*

Resumo

Através do presente trabalho faz-se uma análise das consequências jurídico-substantivas — ao nível do Direito das Coisas — de uma acção *brusca e instantânea* da Natureza (inundação, tremor de terra, ciclone, derrocada, etc.) da qual resulte a perda total ou parcial de uma coisa imóvel. Preocupações principais deste artigo foram, então, as seguintes: identificar com rigor quando é que uma *coisa imóvel se perde ou deixa de existir*, quais as consequências de tal fenómeno decorrentes para os direitos reais que sobre os prédios afectados incidiam, e a que acção judicial deverão os particulares recorrer para obterem uma (re)definição dos limites materiais dos imóveis.

1. A perda ou destruição da coisa

1. O tema do presente texto não é, diga-se em abono da verdade, afável para os realistas. Por uma parte, porque se pede a ponderação da perda da coisa enquanto modo de extinção do direito de propriedade imobiliária. Por outra parte, porque, no contexto desta reflexão, a nossa atenção vira-se para a acessão natural, cujo regime jurídico, tal como está regulado no nosso Código Civil, não está livre de alguma polémica. Por fim, porque temos de falar da acção de demarcação que não foi pensada e regulada para fixar as extremas de prédios confinantes quando estas foram alteradas pela acção violenta das forças da Natureza.

Não obstante, assumimos o desafio e, portanto, mais não nos resta do que começar.

2. Os direitos reais são, como se sabe, direitos inerentes a coisas. Consequentemente, se a coisa se perde ou é destruída totalmente, o direito real extingue-se por ausência de objecto¹. Portanto, a perda total da coisa gera a automática extinção de todos os direitos reais

¹ O texto que ora se publica corresponde, salvos alguns desenvolvimentos, à apresentação feita no dia 4 de Junho de 2010, no Museu da Casa da Luz, no Funchal, por ocasião do Seminário “Questões Jurídicas sobre o Desaparecimento de Pessoas e Bens”, organizado pelo Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR) e pela Associação Sindical dos Conservadores dos Registos.

² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 5.^a ed. revista e ampliada, p. 404, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais – Sumários*, Lisboa, AAFDL, 2000, p. 544 e ss., CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 4.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2003, p. 244 e ss., JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 439 e ss..

que a tinham por objecto. E isto resulta claramente de alguns preceitos legais. Nos termos da al. c) do art. 730.^o — aplicável, por remissão, à consignação de rendimentos (art. 664.^o), ao penhor (art. 677.^o), aos privilégios creditórios (art. 752.^o) e ao direito de retenção (art. 761.^o) —, a hipoteca extingue-se pelo perecimento da coisa hipotecada. Depois, segundo a al. d) do art. 1476.^o, válida para o direito de usufruto, mas também aplicável por remissão ao direito de uso e habitação (art. 1485.^o), este direito real extingue-se pela perda total da coisa usufruída. Finalmente, o mesmo se prevê para o direito de superfície, na medida em que este se extingue com o desaparecimento do solo (art. 1536.^o, al. e)).

Porém, e como resulta do anteriormente afirmado, apenas a perda *total* da coisa gera a extinção do direito real. A perda *parcial* não afecta a subsistência dos direitos reais, continuando estes a ter por objecto a parte *restante* da coisa. Esta solução resulta de forma expressa dos arts. 1476.^o, al. d) e 1478.^o, n.^o 1, a propósito do direito de usufruto. No entanto, não temos dúvidas em afirmar, que em causa está uma regra geral³.

3. Mas, será possível falar-se da perda de um *imóvel*?

Para se compreender se e em que termos pode falar-se da perda de um imóvel, tem de começar-se, necessariamente, pelo disposto no art. 1344.^o, em cujo n.^o 1 logo pode ler-se que “a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou por negócio jurídico.” Ou seja, quem é proprietário da superfície de um terreno é igualmente proprietário do espaço aéreo assim como do subsolo que lhe corresponde. Reflecte-se aqui a concepção do direito medieval segundo a qual a propriedade abrange o solo em toda a sua profundidade e altura: até aos astros e às profundezas. Pelo que a propriedade sobre coisas imóveis não conhecia limites que não fossem relativos às suas extremas horizontais. Assim, teoricamente, em relação ao subsolo, a propriedade imobiliária estender-se-ia até ao centro da terra, formando uma pirâmide cuja base era medida pela superfície do solo. Porém, juridicamente só uma pequena parte do subsolo é susceptível de ser possuída por alguém com exclusão dos demais, pelo que só essa parte poderá considerar-se integrada no domínio privado do dono da superfície⁴. Por outro lado, há que contar com o que tenha sido desintegrado do domínio por lei⁵ ou negócio jurídico⁶.

³ Todos os preceitos normativos, sem indicação em contrário, pertencem ao Código Civil.

⁴ A perda da coisa pode, ainda, desencadear outros efeitos jurídicos, os quais nos escusamos de referir por agora, uma vez que serão analisados com o devido pormenor *infra*.

⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, 2.^a ed. rev. e act., p. 173.

⁶ Segundo o artigo 84.^o da Constituição da República Portuguesa, pertencem ao domínio público, “a) as águas territoriais com seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos; b) as camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário; c) os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção; d) as estradas; e) as linhas férreas nacionais; f) outros bens como tal classificados por lei.” Por outra parte, adianta o n.^o 2 do mesmo preceito, “a lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites.” Assim, há que contar com legislação específica daquilo que constitucionalmente se define como domínio público. Por exemplo, com o Decreto-Lei n.^o 90/90, de 16 de Março, que disciplina o regime jurídico de revelação e aproveitamento de bens naturais existentes na crosta terrestre, genericamente designados por recursos geológicos (nos termos do artigo 1.^o, integram-se no domínio público do Estado os recursos geológicos que no diploma são designados por depósitos minerais, recursos hidrominerais e recursos geotérmicos, ao passo que podem ser objecto de propriedade privada ou outros direitos reais, os recursos geológicos que designados por massas minerais e por águas de nascente). Ou com o Decreto-Lei n.^o 54/2005, de 15 de Novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos definindo como domínio público hídrico o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas, categorias que depois concretiza.

⁶ Por exemplo, alienação de águas subterrâneas ou superficiárias, alienação de pedreiras, de árvores ou da própria superfície desacompanhada do subsolo (exemplos de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 174).

Se são estes os limites materiais da propriedade imobiliária, não parece que possa facilmente acontecer um desaparecimento total do objecto do direito e, consequentemente, a extinção do direito real⁷.

Se, por exemplo, **A** for proprietário de um monte que, por actuação das forças da Natureza, é arrasado, continua a haver objecto do direito de propriedade, embora com novas características físicas (o que antes era uma elevação pode passar a apresentar-se como uma superfície aplanada). Isto mesmo resulta do disposto no art. 1344.^o Não há desaparecimento, porque por debaixo da superfície há o subsolo de que **A** já era proprietário antes do desastre natural⁸.

4. Porém, as coisas já não serão necessariamente assim se pensarmos numa outra hipótese. Se **A** for proprietário de um prédio urbano e a construção for arrasada por uma intempérie, transformando-se num monte de entulho, podemos continuar a dizer que o objecto do seu direito de propriedade continua o mesmo? E, sendo o objecto diferente, que consequências daí resultarão para o direito de propriedade?

Aqui, mais que alteração da morfologia do terreno, há uma modificação da natureza jurídica do prédio, que passa de urbano a rústico (art. 204.^o, n.^o 2^o). Tendo em conta a característica da inerência dos direitos reais, a questão que se coloca é a de saber se esta modificação conduz à extinção da coisa até ali objecto do direito de propriedade e, consequentemente, à extinção deste (i. e., extinguiu-se o direito de propriedade que existia sobre o prédio urbano, *sendo o seu lugar ocupado por um novo direito de propriedade sobre uma nova coisa*, o prédio rústico?).

Consideramos que não, pois *a coisa imóvel continua a existir*, tendo sido *alterada*. A sua nova natureza jurídica não obsta a que continue a ser objecto do *mesmo direito real*. Por isso, apesar de o prédio passar de urbano a rústico, o direito de propriedade mantém-se o mesmo.

Ao invés se a modificação sofrida pela coisa a tornar inapta a ser objecto do direito real até ali existente — p. ex., desapareceu uma fracção autónoma num edifício sujeito ao regime da propriedade horizontal, caso em que se extingue a propriedade sobre a fracção desaparecida (sem prejuízo dos direitos que se mantêm sobre as partes comuns, nomeadamente sobre o terreno onde esteja assente).

Pense-se ainda numa outra hipótese: o prédio rústico de **A** localiza-se à beira-mar e a água do mar passa a cobri-lo, ou o prédio esboroa-se no seu lugar só se encontrando água do mar. Aqui é imperativa a importância do domínio público e da definição do que está dentro e fora do comércio jurídico-privado, ultrapassando-se a questão da alteração da morfologia do terreno, já que há uma coisa que abandona o âmbito de aplicação do direito privado — um imóvel objecto de propriedade privada passa a coisa fora do comércio jurídico, como se determina no n.^o 2 do artigo 202.^o.

2. Acesso natural. Avulsão.

1. Mas, regressemos ao primeiro exemplo.

O esboroar do prédio de **A** permitir-nos-á perguntar qual o destino dos pedaços de terreno, plantas, árvores, ou até pequenas construções que nele se encontravam.

E entra-se agora necessariamente no tema da *acessão natural*.

Como se sabe, dá-se a *acessão* quando com a coisa que é propriedade de alguém se une e incorpora outra coisa (alheia ou *res nullius*¹⁰) que não lhe pertencia (art. 1325.^o).

⁷ Vide *infra* a propósito da hipoteca e dos direitos reais de gozo limitado.

⁸ Se prédio sujeito ao regime da propriedade horizontal for arrasado ou destruído em parte que represente, pelo menos, três quartos do seu valor, passa a actuar o art. 1428.^o.

⁹ Recordemos: “entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.”

¹⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 138.

O princípio de que o direito de propriedade tem em si a virtualidade de absorver tudo o que, por força da Natureza ou por acção do Homem, se vier a incorporar no seu objecto (*vi et potestate rei nostrae*) encontra as suas raízes no direito romano e está consagrado nas legislações modernas, embora, em algumas delas, com o valor de uma simples presunção em favor do proprietário¹¹.

Assim, há dois princípios que dominam esta matéria, a saber: *a) a união inseparável* de duas ou mais coisas pertencentes a donos diversos; *b) a coisa, que acede à outra, torna-se parte componente desta*¹².

Ou seja, rigorosamente, a acessão pressupõe que uma coisa se una ou incorpore de forma inseparável (definitiva, permanente) a outra. Não basta a mera adjunção: 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*. Ou seja, duas ou mais coisas encontram-se unidas de modo inseparável quando a separação, embora física e materialmente possível, destrua ou danifique gravemente a coisa principal. E a consequência é evidente: do conceito de acessão resulta que a coisa acedida torna-se objecto do direito de propriedade que incide sobre a coisa principal, *adquirindo a natureza e seguindo o destino desta*¹³.

2. Ora, tal como se lê no n.º 1 do artigo 1326.º, uma das modalidades da acessão é, justamente, a *acessão natural*, que acontece quando aquela união e incorporação resultam exclusivamente das forças da Natureza. Nas palavras de ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, a acessão natural “é como que a projecção jurídica do fenómeno físico da erosão”¹⁴. Assim sendo, o nosso legislador determinou como princípio geral que pertencerá ao dono da coisa tudo o que a esta crescer por efeito da Natureza — art. 1327.º. Ou seja, o legislador formulou um princípio geral de expansão do direito de propriedade quanto à sua possibilidade de crescer por efeito da Natureza.

¹¹ Cfr. *idem*, p. 137.

¹² Questão que pode colocar-se é a de saber se poderá a implantação de partes integrantes no solo de um prédio rústico ou urbano originar um direito de acessão. Nos termos do n.º 3 do art. 204.º do Código Civil, as partes integrantes são as coisas móveis unidas materialmente com carácter de permanência a um imóvel para lhe aumentar as utilidades, na medida em que servem para o tornar mais produtivo, cómodo, seguro, etc. (por exemplo, um engenho de tirar água, um aparelho de ar condicionado, um alarme, uma antena de televisão). As partes integrantes estão, portanto, postas ao serviço do prédio, desempenham relativamente a ele uma função auxiliar ou instrumental. Na definição legal está compreendida a ideia de ligação permanente que é habitual associar ao conceito de incorporação. No entanto, como coisas móveis ligadas materialmente ao prédio, mas não incorporadas nele, as partes integrantes mantêm a sua individualidade, embora seja enquanto partes que conseguem realizar, ou realizam melhor, a sua finalidade económica específica. Acresce que podem ser levantadas sem prejuízo do prédio a que estão ligadas. Ou seja, não são elementos da estrutura da coisa, uma vez que esta, sem elas, não deixa de existir completa e prestável para o uso a que se destina. Ao invés, as partes componentes são constituintes da estrutura da coisa (por exemplo, uma janela, a porta de entrada, o telhado), sem as quais a coisa não está completa, ou é imprópria para o uso a que se destina. São elementos que servem para formar o todo. Têm individualidade própria, porque podem ser negociadas, mas não podem ser levantadas sem prejuízo da coisa a que se encontram ligadas. Voltando à questão colocada, em face do exposto, consideramos que qualquer que seja a parte integrante, não sendo ela coisa incorporada, não poderá constituir fundamento de acessão. Salienta-se, por fim, que tal resulta das palavras do legislador que, naturalmente, devem ser entendidas como a adequada expressão do seu pensamento, uma vez que, como referimos, na definição de parte integrante, é utilizada a expressão “ligação material” e não “incorporação”.

¹³ O objecto de um direito real há-de ser uma entidade distinta e separada. Por isso, por um lado, as partes componentes ou integrantes não podem ser objecto de direitos reais autónomos enquanto não forem separadas da coisa principal — uma vez que, sobre aquilo que só existe como parte de um todo mais vasto não podem constituir-se relações jurídicas com individualidade própria; e, por outro lado, as coisas certas, determinadas e autónomas que, por um qualquer motivo, percam a sua autonomia e passem a ser partes componentes ou integrantes de uma coisa principal deixam de poder ser objecto de relações jurídico-reais autónomas, enquanto assim permanecerem (art. 408.º, n.º 2). Sobre esta matéria *vide*, por exemplo, HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 12 e ss. (veja-se, ainda, a nossa próxima nota).

¹⁴ *Acessão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 24.

Ao regular a aquisição da propriedade por acessão natural, a principal preocupação do legislador foi, seguindo uma tradição romanista, disciplinar os incrementos fluviais¹⁵. Mas, consideramos, tal como PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que o princípio geral consagrado no artigo 1327.º é apto a abranger outras hipóteses, como a avulsão de terrenos resultante de um ciclone ou de um tremor de terra, sem que, portanto, haja qualquer intervenção de correntes fluviais. Entendemos, pois, tal como os referidos autores, que o ordenamento jurídico português consagra um *princípio geral de expansão do direito de propriedade por causas estranhas à vontade e à acção do homem*¹⁶.

3. Uma das modalidades de acessão natural, como tal regulada no Código Civil, é a *avulsão* (art. 1329.º).

Nos termos do n.º 1 deste preceito, “se, por acção natural e violenta, a corrente arrancar quaisquer plantas ou levar qualquer objecto ou porção conhecida de terreno, e arrojá-las sobre prédio alheio, o dono delas tem o direito de exigir que lhe sejam entregues, contanto que o faça dentro de seis meses, se antes não foi notificado para fazer a remoção no prazo judicialmente assinado.”

A avulsão supõe, então, diferentemente da aluvião, uma acção brusca da Natureza provocada por uma força instantânea (inundação, tremor de terra, ciclone, derrocada, etc.) que leva ao arrastamento de materiais para prédios alheios¹⁷. Por exemplo, esboroamentos de blocos de montes ou escorregamentos de lamaçais das encostas até ao fundo dos vales. É verdade que a lei recorre à expressão “sobre prédio alheio”, mas disto não resulta que a lei pressuponha apenas esboroamentos — o prédio atingido pode ser lateral ou inferior, ou até estar situado no lado oposto da corrente¹⁸. Por outro lado, note-se que não será necessário que o pedaço de terreno arrancado seja considerável — o legislador apenas exige que a porção de terreno arrastada seja conhecida ou identificável (ou pelas qualidades das plantas nele existentes, ou pelas suas formas e dimensões confrontadas com o que falta no prédio mutilado)¹⁹.

A avulsão, em princípio, não atribui ao proprietário do prédio para onde foram arrojados os *objectos ou a porção conhecida* do terreno a propriedade sobre estas coisas acrescidas. Pois que no n.º 1 do artigo 1329.º se prevê uma de duas soluções para os casos em que material constitutivo e conhecido de um prédio é arrastado para o terreno de outrem: por um lado, concede ao dono desse material o direito de o remover²⁰; por outro, concede ao dono do

¹⁵ Já no Direito Romano a acessão natural constituía uma categoria autónoma, que se caracterizava pela união de coisas imóveis a coisas imóveis. A tal categoria pertenciam as quatro modalidades que estão reguladas nos artigos 1328.º a 1331.º: aluvião (*alluvio*), avulsão (*avulsio*), mudança do leito dos rios (*alveus derelictus*) e formação de ilhas ou mouchões (*insula in flumine rata*) — PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 139.

¹⁶ Outro exemplo demonstrando a força expansiva da acessão natural a que recorrem os autores é o do conflito entre os herdeiros de Eça de Queiroz e a Livraria Lello & Irmãos quanto aos direitos de propriedade literária de algumas das obras daquele autor, questão resolvida pelo Acórdão do STJ de 30 de Julho de 1968 (cfr. *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., págs. 140-141).

¹⁷ Para a lei, o critério distintivo está no modo de actuação das forças da natureza, *imperceptível* ou insensível no caso da aluvião; resultante de *acção violenta* no caso da avulsão (arts. 1328.º e 1329.º). Por isso, a doutrina acentua, na aluvião, um acréscimo imperceptível de um prédio por acção das águas e reconhece que a acessão opera aqui imediata e automaticamente: o dono do terreno acrescentado adquire a propriedade sobre as coisas que se lhe uniram, à medida que a incorporação se vai produzindo, independentemente da sua vontade e, correspectivamente, a perda dá-se *sem que o proprietário da coisa perdida possa invocar direitos sobre ela*. Por seu turno, como resulta do exposto, avulsão é o incremento de um terreno produzido por plantas, porção de terreno ou qualquer outro objecto brusca e violentamente arrancados por uma força natural instantânea e aí arrojados. *Vide infra* nota 23.

¹⁸ ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, ob. cit., p. 56.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ É claro que a situação se agrava consideravelmente quando não se consiga identificar de onde provêm os materiais arrastados, caso em que não será possível reconhecer a quem pertencerão nem um sujeito a quem possa ser imputada responsabilidade.

terreno atingido o direito de exigir a remoção do mesmo material. E num prazo peremptório improrrogável²¹ de seis meses que se conta a partir da actuação das forças da natureza²².

Se nenhum destes direitos for exercido, ou não se fazendo a remoção nos prazos designados, o legislador, no n.º 2 do artigo 1329.º, manda aplicar o regime da aluvião, o que quer dizer que os terrenos confinantes ficarão enriquecidos²³ com o material violenta e bruscamente arrastado, *sem que haja a obrigação de indemnizar quem o perdeu*.

4. Esta rápida descrição do regime da avulsão permite já perceber que pode questionar-se se se está, efectivamente, perante um verdadeiro caso de acessão natural. Na verdade, se o proprietário do prédio despojado pode *reivindicar* o material conhecido e arrastado, então isso significa que este material não se uniu com o terreno para onde foi arrojado, o que impediu a incorporação, requisito que, como vimos, é essencial ao funcionamento da aquisição do direito de propriedade por acessão. Ou seja, a acessão pressupõe uma união inseparável de coisas, não bastando a mera adjunção, que é precisamente o que acontece na hipótese prevista na avulsão.

Ora, é porque não há incorporação que se justifica que não funcione o princípio geral previsto no artigo 1327.º, ou seja, justifica-se que não haja uma expansão automática e imediata do direito de propriedade do sujeito atingido²⁴.

Na avulsão, como referimos, só não ocorrendo a remoção dos materiais conhecidos e arrastados para o prédio vizinho (nomeadamente por decurso do prazo máximo de 6 meses) é que o dono deste os adquire. De forma diferida, não automaticamente²⁵. E, portanto, dir-se-á, não adquire por acessão²⁶.

²¹ *Idem*, p. 57.

²² A existência deste prazo justificava-se, no direito romano, pela necessidade de distinguir o mero contacto (*positio*) da união orgânica (*coactio*): a acessão só se verificava quando, no terreno acrescentado, germinasse a mesma vegetação ou as árvores estendessem as suas raízes (A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 2.ª ed., p. 263 e p. 264).

²³ Falamos em enriquecimento, mas, evidentemente, também pode haver empobrecimento, ou seja, prejuízo para o prédio que recebe os materiais arrastados. Aí a salvaguarda do titular do direito real encontra-se na intervenção das companhias seguradoras, quando tenha sido celebrado contrato de seguro que abarque situações de prejuízos causados por força maior (*vide infra* consequências para os direitos reais menores). Isto para além da intervenção do poder público, por exemplo, para remoção de detritos ou para limpeza de zonas urbanas ou rústicas.

²⁴ A mesma observação — isto é, de que não se está perante um verdadeiro caso de acessão —, pode fazer-se em relação à hipótese de aluvião prevista no n.º 1 do art. 1328.º. De facto, quando a “acessão natural” resulta da contínua incorporação num imóvel de elementos estranhos, por força de agentes como a água ou o vento, sem que se individualize o que foi depositado, falta naturalmente o pressuposto básico para que possa ocorrer a acessão, ou seja, a união de coisas. Ou seja, tais depósitos não são coisas, em sentido jurídico, uma vez que como se sabe, juridicamente, coisa é tudo o que, não tendo personalidade, tem individualidade, utilidade, e é susceptível de apropriação. Ora, se esses depósitos não são coisas, não há, naturalmente, aqui nenhuma causa de aquisição de direitos sobre coisas. Assim sendo, há apenas uma modificação do imóvel preexistente, por acção das forças da Natureza (neste sentido, *vide* ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, ob. cit., pp. 34-35 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, ob. cit., p. 303). Para QUIRINO SOARES, *Acessão Industrial Imobiliária*, nota 8, in AAVV, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, vol. IV – *Direito das Coisas*, em publicação, “a inclusão dos quatro modelos tradicionais de acessão natural, que são a aluvião (art. 1328.º CC), a avulsão (art. 1329.º CC), a mudança de leito (art. 1330.º CC) e a formação de ilhas e mouchões (art.º 1331.º CC), na categoria das acessões só se compreende por uma questão de peso histórico, pois em nenhuma delas se verifica o elemento essencial da definição da figura: a tal união inseparável de coisas.” E, continua o autor, “com efeito, a aluvião é o resultado, não da união de coisas, mas da sucessiva e imperceptível acumulação de substâncias e partículas, sem o nome de coisa em sentido jurídico; a avulsão, sendo uma união de coisas, não é, por definição, uma união inseparável; os outros fenómenos de acessão natural (mudança de leito, formação de ilhas e mouchões) ainda se encontram mais longe da definição do art. 1325.º. Resta, contudo, a previsão genérica do art. 1327.º, ao abrigo da qual são possíveis outras acessões por efeito da natureza, inclusive em resultado de outras forças que não a das águas dos rios ou dos lagos e lagoas.”

²⁵ ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acessão*, ob. cit., p. 59.

²⁶ A este propósito *vide* nota 22.

5. Que modo de aquisição do direito de propriedade aqui actua, então, e favor do dono do prédio “enriquecido”?

Na opinião de ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, se não houver reclamação naquele prazo, deve concluir-se que o proprietário abandona tais coisas e a propriedade destas fica adquirida pelo proprietário do prédio em que se encontram, não por acessão, mas por *ocupação*. Pois, se este proprietário não quiser ocupá-las, pode exigir, desde logo, antes do decurso desses seis meses, que aquele as remova. A falta desta exigência deve, assim, ser interpretada como *ocupação tácita*²⁷.

Como se sabe, a ocupação é um modo de aquisição originária do direito de propriedade²⁸ exclusivo das coisas móveis. Funcionará sempre que cumulativamente se verifiquem três requisitos: haja uma coisa móvel abandonada ou que nunca teve dono (ou seja, uma *res nullius*)²⁹ - ³⁰ que tenha sido materialmente apreendida, desta forma se revelando que o sujeito adquirente tem *animus occupandi*. Ora, aparentemente, todos estes requisitos se encontram verificados na hipótese que se considera.

A partir da desanexação da parte do terreno — que, lembre-se, se não incorpora no terreno alheio — teríamos uma coisa móvel (como o são todas as que não estão previstas no elenco taxativo do artigo 204.^o do Código Civil — artigo 205.^o). Por isso, seria possível que se extinguísse o direito de propriedade dela por abandono. É certo que o abandono, por sua vez, para funcionar como modo de extinção do direito de propriedade pressupõe um *animus derelinquendi*³¹ — requisito que aqui se verificaria a partir do momento em que o dono do prédio prejudicado não exerce o seu direito de reivindicar a parte de terreno que se deslocou para o outro terreno.

O segundo requisito também parece verificar-se na hipótese visada, pois que por apreensão material da coisa se entende, citando PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “a entrada dela na esfera patrimonial do ocupante, neste aspecto se distinguindo a *ocupação da invenção*, que consiste fundamentalmente na *descoberta* da coisa”³².

Diferentemente do que sucede com a acessão, o funcionamento da ocupação exige ainda a intenção de adquirir³³. Ora, tal como o não exercício do direito de reivindicação implicaria abandono da parte do terreno perdida, também o não exercício do direito de exigir a remoção manifestaria — embora de modo tácito — a vontade aquisitiva. Ou seja, assim como haveria *animus derelinquendi* tácito, dizer-se-ia haver *animus occupandi* tácito.

6. Esta posição supõe que o legislador aceite que a parte do terreno que se separou se tenha transformado imediatamente em coisa móvel, susceptível, portanto, de abandono (e de, posterior, ocupação).

²⁷ *Idem*, p. 57.

²⁸ E não de qualquer outro direito real, diferentemente, por exemplo, da usucapião ou da acessão (cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Cívicos — Reais*, ob. cit., pp. 301 e 450).

²⁹ E aqui está a razão por que não pode haver ocupação de imóveis. Os imóveis sem dono conhecido pertencem ao Estado, como se lê no artigo 1345.^o.

³⁰ Note-se que o artigo 1318.^o do Código Civil se refere ainda a coisas perdidas ou escondidas. Citando OLIVEIRA ASCENSÃO, “é porém doutrina comum que a ocupação respeita a coisas sem dono, ou *nullius*, e nesses casos não se passa assim. (...) A propósito da ocupação de coisas inanimadas regula o legislador duas importantes matérias: a aquisição de *coisas móveis perdidas* e a aquisição de *tesouros*. Elas podem ser consideradas manifestações de uma causa autónoma de constituição de direitos reais, o *achado* ou *achamento*” (*Direitos Cívicos — Reais*, ob. cit., pp. 451-452). De qualquer forma, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA não parecem considerar esta forma de constituição do direito de propriedade, inserindo entre as coisas susceptíveis de ocupação, sem mais, as coisas escondidas e as perdidas (cfr. *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 125).

³¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 125.

³² *Idem*, p. 123.

³³ Assim definindo o *animus occupandi*, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, (*idem*, pp. 123-124). Para OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direitos Cívicos — Reais*, ob. cit., p. 450), este elemento subjectivo deve ser entendido enquanto mera vontade de colocar a coisa na própria esfera de acção.

Da perspectiva do proprietário “empobrecido”, fica por explicar como é que pode haver reivindicação: tendo tal “coisa” deixado de ser parte componente do prédio, o proprietário deste só a poderá reivindicar se a referida coisa móvel tiver passado a ser objecto de *um seu novo direito de propriedade*.

Por outro lado, agora olhando para a posição do proprietário do prédio “enriquecido”, e ainda de acordo com tal tese, decorridos seis meses, ocuparia e adquiriria a tal coisa móvel. Mas, assim sendo, passaria a ser titular de *dois direitos de propriedade*, um sobre o imóvel que já lhe pertencia e outro sobre a coisa móvel ocupada. Direitos esses que permaneceriam necessariamente distintos e com objectos distintos se nunca viesse a ocorrer a incorporação, uma vez que não se vê como é que depois da ocupação passaria a incidir sobre a coisa móvel o mesmo direito de propriedade que recaía sobre o imóvel “enriquecido”³⁴.

Ora, tal não parece ter sido, pelo menos para todos os casos e até para a hipótese mais frequente, a intenção do legislador. Na nossa perspectiva, não obstante a parte do terreno se ter separado, durante seis meses o legislador ficciona que a mesma ainda pertence ao prédio e, por isso, admite que o proprietário intente a respectiva acção de reivindicação, exercendo o direito de propriedade que lhe pertence. E, na verdade, que já lhe pertencia antes de ser atingido pelas forças da Natureza. Permite-se, então, que ele defenda a integridade física do objecto do seu direito de propriedade, que, coerentemente, se mantém também uno.

Se a acção de reivindicação for intentada e julgada procedente, a referida parte volta ao terreno, a ficção termina, e o direito de propriedade mantém-se incólume (inclusivamente quanto ao seu objecto).

Ao invés, decorridos seis meses sem que tenha sido intentada a acção de reivindicação, uma de duas coisas poderá acontecer. Ou — e esta será a hipótese mais frequente — a parte do terreno se incorporar no outro prédio (passando nela a germinar a mesma vegetação e sendo invadida pelas raízes das árvores lá existentes) e, aí, dá-se a acessão. O que significa que o proprietário de tal prédio mantém o direito de propriedade que tinha, expandindo-se apenas tal direito *em virtude da possibilidade de crescer por efeito da Natureza*, concretizando-se, assim, o *princípio geral de expansão do direito de propriedade por causas estranhas à vontade e à acção do homem*. E, correspectivamente, o proprietário do prédio empobrecido vê o objecto do seu direito de propriedade reduzido. Ou então — e esta será a segunda hipótese — mantém-se a situação da *coalitio*, i. é, a parte do terreno em causa mantém-se apenas em contacto e sem união orgânica com o terreno que a recebeu, e, assim, o legislador deixa de ficcionar que aquela parte continua a ser componente do prédio empobrecido e *determina* que o proprietário do prédio enriquecido *adquirira por acessão*, o que só pode significar que passa a ficcionar que a coisa foi incorporada e se tornou parte componente deste prédio.³⁵

7. Mas a reivindicação pode ocorrer no prazo fixado por lei. Há que precisar um pouco melhor, porém, o recurso à expressão “reivindicação”. O n.º 1 do art. 1329.º concede, então, ao dono do terreno mutilado o “*direito de exigir que lhe sejam entregues*” as partes arrastadas. Nada impede, obviamente, que este direito seja exercido extrajudicialmente. A acção de reivindicação só terá de ser intentada se o sujeito que recebeu os materiais arrastados se recusar a entregá-los. Como se sabe, a acção de reivindicação, prevista no art. 1311.º, é o meio de defesa do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário, ou do proprietário possuidor contra o detentor ilegítimo. É uma acção petitiória que tem por objecto o reconhecimento do direito de propriedade por parte do autor e a consequente restituição

³⁴ Como é evidente, caso viesse a ocorrer, posteriormente, a *incorporação* da coisa móvel no imóvel, aquela passaria a ser parte componente deste. Logo, de acordo com o *princípio da totalidade*, o direito de propriedade que recaía sobre o imóvel incidiria também sobre ela.

³⁵ É, então, a partir deste momento que se aplica o disposto na al. d) do art. 1317.º — isto é, decorridos estes 6 meses, inicia-se a contagem do prazo a partir do qual se deu a extensão do direito de propriedade do sujeito “enriquecido”.

da coisa por parte do possuidor ou detentor dela. São, então, dois os pedidos que integram e caracterizam a reivindicação: o reconhecimento do direito de propriedade e a restituição da coisa³⁶. Ora, para que a acção possa aceder ao registo, *na hipótese prevista no art. 1329.º, n.º 1*, é necessário que o autor indique, com precisão, aquilo que foi arrojado do seu prédio e, bem assim, a exacta configuração do imóvel no seu todo, com todos os seus elementos de identificação (essenciais à sua delimitação física, económica e fiscal) exigíveis nos termos do Código de Registo Predial³⁷.

Por outro lado, parece-nos evidente que o pagamento das despesas inerentes à recolha da parte do terreno arrastada fica por conta de quem a reclama, independentemente de o direito a exigir a entrega ter sido actuado judicial ou extrajudicialmente. No entanto, caso o exercício

³⁶ Não há, pois, acção de reivindicação se o autor, estando na posse da coisa, se limitar a pedir o reconhecimento do seu direito de propriedade. Assim como também não há reivindicação se o autor pede a restituição da coisa, não por ser proprietário, mas por ser possuidor. Como se sabe, o possuidor pode recorrer à acção de restituição prevista no art. 1278.º, e, rigorosamente, nesta acção não se pede a restituição da coisa, mas sim a restituição da posse. Por isso, pode a ela recorrer um possuidor em termos de direito de propriedade para reagir contra um vizinho que tenha aberto uma janela junto à linha divisória, desde que este exerça posse contrária em termos de servidão de vistas. Ora, na mesma hipótese, caso o possuidor também seja proprietário, não pode intentar uma acção de reivindicação, uma vez que, obviamente, não foi privado da coisa, mas “apenas” da posse em termos de propriedade plena (sobre a acção de restituição *vide*, por exemplo, HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 126 e s., e ainda, para uma comparação com a acção de reivindicação e a acção negatória, *idem*, p. 177 e ss.). Nos termos do n.º 4 do art. 498.º do Código do Processo Civil a causa de pedir, na acção de reivindicação, é o facto jurídico de que deriva o direito de propriedade. Como é evidente, o autor, para obter a procedência da acção, há-de demonstrar a titularidade do direito real violado com a posse ou a detenção ilegítima do réu. Ou seja, o reivindicante tem o ónus de provar que é proprietário da coisa e que esta se encontra na posse ou na detenção do réu. Assim, se o autor invoca como título do seu direito uma forma de aquisição originária da propriedade (*v. g.*, ocupação, usucapião, acessão) apenas precisará de provar os factos de que emerge o seu direito. Mas, se a aquisição é derivada não basta invocar o acto translativo da propriedade, uma vez que tal acto só é título aquisitivo quando o transmitente ou dante causa seja, efectivamente, o titular do direito. O reivindicante terá de provar que o direito já existia no transmitente, pois, só assim, o pode ter adquirido (é o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) — prova essa que os autores denominam de *probatio diabolica*.

Por fim, como é evidente, a procedência de uma acção de reivindicação depende, sempre, da identidade entre a coisa em relação à qual se invoca o direito de propriedade e a coisa cuja restituição se solicita, cabendo ao autor o ónus da prova dessa identidade, por se tratar de facto constitutivo do direito que sobre tal coisa se arroga.

Em resumo, na acção de reivindicação, o autor — apoiando-se no poder de seqüela inerente aos direitos reais (*idem*, p. 15) — invoca a sua titularidade, indica o facto jurídico concreto de onde emerge essa aquisição e pede ao tribunal que reconheça o seu direito e condene o réu que tem a coisa em seu poder a entregar-lha. Para que a acção seja julgada procedente, o autor deve provar o facto aquisitivo do seu direito, bem como o facto de o réu ter a coisa em seu poder. O demandado para evitar a restituição da coisa pode: impugnar a titularidade do direito que o reivindicante se arroga, alegando que a coisa pertence a outrem ou que não pertence a ninguém (*res nullius*); pode contestar o seu dever de entrega, sem negar o direito de propriedade ao autor, invocando uma relação (obrigacional ou real) que lhe confira a posse ou a detenção da coisa (a título de usufrutuário, locatário, *etc.*); pode defender-se, sendo caso disso, com alguma das situações especiais previstas na lei (art. 1311.º, n.º 2) que lhe facultem o direito de retenção da coisa (arts. 754.º e 1323.º, n.º 4).

Sendo uma acção real — salvaguardada a hipótese de o direito fundamento da acção já estar publicitado —, a acção de reivindicação está sujeita a registo, nos termos da alínea a) do art. 3.º do Código de Registo Predial, sem o qual não produz efeitos em relação a terceiros.

Refira-se, por fim, e porque tal será importante para o que vamos dizer seguidamente, que a acção de reivindicação pode ser usada, com as necessárias adaptações, para defesa de outros direitos reais (art. 1315.º) — pelo menos daqueles cujo exercício implique a disponibilidade ou a posse da coisa sobre que incidem (usufruto, superfície, direito real de habitação periódica, *etc.*). E que o direito de natureza obrigacional que se exerce através de uma acção de reivindicação (direito à entrega da coisa) deve considerar-se inseparável da titularidade do direito real a cuja protecção se destina. De facto, se um proprietário pudesse vincular-se contratualmente a não exercer o direito de reivindicação ou pudesse cedê-lo autonomamente, isto é, sem ceder também o próprio domínio, este ficaria esvaziado de quase toda a sua eficácia e conteúdo. Ou seja, enquanto o direito real não se extinguir deverão manter-se os direitos que decorrem do seu estatuto e que têm por função assegurar a sua defesa.

³⁷ O registo predial tem que ter, necessariamente, por objecto, prédio certo e determinado. O registo há-de recair sobre um prédio certo, localizado num espaço físico concretamente determinado e inequivocamente delimitado. Uma vez que só assim se respeita o denominado “princípio da especialidade” e se asseguram os valores de certeza e da segurança jurídica enunciados no art. 1.º do Código de Registo Predial.

extrajudicial do direito tenha sido infrutífero e, por isso, o proprietário tenha recorrido à acção judicial, na hipótese das despesas — inerentes à recolha da parte do terreno arrastada — terem aumentado, em virtude do decurso do tempo, é claro que a diferença deve ficar a cargo do réu da acção de reivindicação.

3. A avulsão e os direitos reais limitados

1. Estando os prédios *enriquecidos* ou *empobrecidos* onerados pela constituição de direitos reais menores, será necessário conhecer do destino destes. Se oneram a propriedade, então, evidentemente, as vicissitudes por que esta passe terão simetria no seu *status*.

a) Hipoteca

2. Começemos pela hipoteca³⁸, direito real de garantia que incide sobre bem imóvel, pertencente ao devedor ou a terceiro (arts. 688.º e 716.º).

Nos termos da al. c) do art. 730.º, a *perda total* da coisa gera a extinção da garantia — o que não surpreende tendo em conta o que já por várias vezes fomos afirmando, *i. e.*, que a perda da coisa implica a extinção do direito real. Contudo, esta mesma norma obriga a considerar o disposto nos arts. 692.º, sobre a alteração do objecto da hipoteca, e 701.º, sobre o reforço da hipoteca. Nos termos do primeiro preceito, caso a coisa se perca, deteriore ou veja o seu valor diminuir e o dono tenha direito a ser indemnizado, o credor conserva sobre o crédito respectivo ou as quantias pagas a título de indemnização a preferência que tinha em relação à coisa onerada. O legislador opta, então, neste caso, por que a hipoteca se reduza ao que sobra da coisa — quando sobre —, constituindo-se um novo direito real de garantia sobre a indemnização a que o dono do imóvel tem direito, pois que a hipoteca, como decorre do disposto no art. 688.º, não pode ter por objecto uma quantia em dinheiro. Ou seja, por nós constitui-se aqui um novo direito que visa garantir a posição de prioridade que o credor tinha sobre a coisa perdida. Pois se a coisa primeira se extingue, mesmo que parcialmente, tem de extinguir-se ou reduzir-se o antigo direito real, surgindo a par deste *um novo direito sobre o novo objecto*³⁹.

Por sua vez, o art. 701.º determina que quando a coisa hipotecada pereça ou a hipoteca se torne insuficiente para segurança da obrigação garantida, *por causa não imputável ao credor*, este tem o direito de exigir que o devedor a *reforce* ou *substitua* sob pena de o credor poder exigir o imediato cumprimento da obrigação ou, tratando-se de obrigação futura, registar hipoteca sobre outros bens do devedor⁴⁰.

3. A hipoteca abrange, segundo o art. 691.º, as acessões naturais. Isto porque estas representam simples extensões do objecto que não alteram o direito onerado, ou meras transformações automáticas do direito onerado que não podem deixar de se repercutir sobre a hipoteca⁴¹. Ora, onerando a hipoteca o direito de propriedade *enriquecido*, a lei admite que

³⁸ Cujo regime jurídico, como já tivemos ocasião de referir, é parcialmente aplicável, por remissão, à consignação de rendimentos, ao penhor, aos privilégios creditórios e ao direito de retenção (cfr. p. 1).

³⁹ Na opinião de L. MENEZES LEITÃO, “apesar de estar em causa essencialmente uma ideia de sub-rogação real, consistente na substituição do objecto da hipoteca pelo crédito à indemnização ou pelas quantias pagas para a sua satisfação, a verdade é que neste caso a lei vai permitir que a hipoteca tenha um objecto que não pode habitualmente ter, e que inclusivamente se molda sobre o regime do penhor de créditos, exigindo-se da mesma forma a notificação do devedor (cfr. art. 681.º, n. 2)” — *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, 2.ª ed., p. 219.

⁴⁰ A este direito do credor não obsta o facto de a hipoteca ter sido constituída por terceiro, salvo se o devedor for estranho à sua constituição. Porém, mesmo neste caso, se a diminuição da garantia for devida a culpa do terceiro, o credor tem o direito de exigir deste a substituição ou o reforço.

⁴¹ Reconhecendo a lei que a hipoteca que recai sobre o prédio enriquecido abrange as acessões naturais, não pode aplicar-se o princípio da indivisibilidade à hipoteca que recaía sobre o prédio empobrecido. Uma vez que se a hipoteca que recai sobre o enriquecido se expande, correlativamente a hipoteca que recai sobre o empobrecido reduz-se, não podendo subsistir por inteiro (cfr. art. 696.º).

se verifique uma redução voluntária da garantia e reconhece, em certos termos, a redução judicial da mesma (art. 718.^o).

A redução voluntária, conforme estabelece o art. 719.^o, pressupõe, naturalmente, a capacidade e a legitimidade necessárias para dispor desse direito. Assim, a redução voluntária só pode ser consentida por quem puder dispor da hipoteca, sendo aplicável à redução o regime da renúncia à garantia⁴².

Quanto à redução operada judicialmente, de harmonia com o n.^o 1 do art. 720.^o, nas hipotecas legais e judiciais, ocorre a requerimento de qualquer interessado, excepto se, por convenção ou sentença, a coisa onerada ou a quantia assegurada tiver sido especialmente indicada (n.^o 1). Mas, neste último caso, tal como, aliás, no de hipoteca voluntária, a redução judicial só é admitida nos seguintes casos: *a)* diminuição da dívida a menos de dois terços do montante originário, como consequência de pagamento parcial ou de outra causa extintiva; *b)* valorização da coisa ou do direito hipotecado em mais de um terço relativamente à data da constituição da hipoteca, mercê de acessões naturais ou benfeitorias⁴³.

b) Direito de usufruto

4. Como já se referiu, a perda total da coisa usufruída extingue o usufruto (art. 1476.^o, n.^o 1, *d*) de acordo com a regra geral segundo a qual o perecimento do objecto do direito produz, naturalmente, a extinção deste. E, obviamente, extinguindo-se o usufruto, caducam os encargos (*v. g.*, as servidões passivas) constituídos pelo usufrutuário (art. 1460.^o).

Note-se, porém, que o legislador admite uma outra hipótese. Nos termos do art. 1480.^o, “se a coisa ou direito usufruído se perder, deteriorar ou diminuir de valor, e o proprietário tiver direito a ser indemnizado, o usufruto passa a incidir sobre a indemnização” (n.^o 1). Isto significa que uma de duas coisas poderá suceder. Ou bem que o perecimento da coisa é fortuito e, aí, extingue-se o usufruto, sem outro passo (a não ser que seja aplicável o art. 1481.^o — *vide infra*). Ou bem que a perda da coisa deve ser imputada a alguém, caso em que à extinção do usufruto se segue a constituição de um novo usufruto sobre a indemnização (art. 1480.^o). É certo que o legislador usa da expressão “o usufruto *passa a incidir* sobre a indemnização”. Mas, como já por várias vezes tivemos oportunidade de dizer, mudando o objecto muda o direito, pelo que o que aqui há é o surgimento de um novo direito real de gozo e não uma mera sub-rogação real⁴⁴.

No caso de perda parcial, o usufruto continua, obviamente, sobre a parte restante (art. 1478.^o, n.^o 1) e, simultaneamente, constitui-se um outro usufruto sobre o montante da indemnização.

Uma das situações que já considerámos foi a de destruição de edifício. Por isso, afigura-se pertinente a consideração do que se prevê no art. 1479.^o. Daqui decorre que, embora o usufrutuário tenha o direito de desfrutar do solo e dos materiais restantes (deixa de ser titular de um direito de usufruto sobre prédio urbano e passa a usufrutuário de prédio rústico e usufrutuário dos materiais restantes), o proprietário da raiz pode reconstruir o prédio, ocupando o solo e os materiais. Quando tal ocorra, não só se sacrifica o direito do usufrutuário (ao solo e aos materiais), como o usufruto não se estende ao prédio reconstruído.

⁴² Acresce que a redução deve ser expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do credor (ou renunciante) reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo, não carecendo de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos (cfr. art. 731.^o).

⁴³ Pela forma como os requisitos da redução judicial são formulados nesses casos (hipoteca voluntária e hipoteca legal ou judicial com indicação da coisa onerada ou quantia assegurada), o interessado requerente terá logo na petição de redução de alegar o montante da diminuição do crédito ou da valorização dos bens onerados.

⁴⁴ Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 539, em causa está uma hipótese de sub-rogação real. Ao invés, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, ob. cit., p. 634 e ss., considera que a perda da coisa conduz à extinção do direito de usufruto, mas a lei atribui ao usufrutuário um novo usufruto sobre o dinheiro proveniente da indemnização devida ao proprietário.

O usufrutuário fica apenas com direito a uma espécie de “renda”, como afirmam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁴⁵, constituída pelos juros da soma correspondente ao valor do solo e dos materiais (art. 1479.º, n.º 2).

Mas, curiosamente, segundo o art. 1481.º, n.º 2, se o proprietário reconstruir o prédio com o produto da indemnização que receba, o usufruto “transfere-se”, nesse caso, para o novo edifício, salvo se a soma despendida na reconstrução for superior à indemnização recebida, uma vez que nesse caso o direito do usufrutuário será proporcional à indemnização. De facto, se o usufrutuário tiver feito seguro da coisa ou pago os prémios pelo seguro já feito, o usufruto “transfere-se” para a indemnização devida pelo segurador ao proprietário (art. 1481.º)⁴⁶. Por isso, diríamos que na hipótese que motivou a realização deste trabalho, uma vez que a destruição da coisa é consequência das forças da Natureza, o usufrutuário vê o seu direito reduzir-se ao que resta do imóvel e, ao mesmo tempo, constituir-se na sua esfera jurídica um novo direito de usufruto sobre indemnização a que o proprietário tenha eventualmente direito, se tiver celebrado um contrato de seguro prevenindo danos fortuitos, por exemplo. Contudo, quando essa indemnização seja usada para construir um novo edifício, então é só justo que ao usufrutuário seja reconhecido o direito de usufruir desta nova construção.

5. Na hipótese de o direito de usufruto onerar o direito de propriedade *enriquecido*, há que contar com o art. 1449.º, nos termos do qual o usufruto abrange as coisas acrescidas. Ou seja, pertencendo as acessões ao proprietário, o seu gozo caberá ao usufrutuário, enquanto durar o usufruto⁴⁷. Portanto, desde que se trate de coisa que haja acrescido à coisa usufruída, ela entra na esfera material sobre a qual incidem os poderes de uso e fruição do usufrutuário, uma vez que o objecto do direito deste tem sempre como “espelho” o do correlativo direito do proprietário⁴⁸.

c) Direito de uso e habitação

6. De acordo com o art. 1485.º, “os direitos de uso e de habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufruto ...”. O que nos exonera de repetir o que fomos dizendo nos parágrafos anteriores.

Mas, segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, não parece que devam ser aplicados os artigos 1478.º, n.º 2, e 1479.º, quando a *rei mutatio* e a destruição do edifício procedam do usuário ou de caso fortuito. Acresce que, para os referidos autores, havendo lugar a indemnização (art. 1480.º), a solução mais criteriosa será a de atribuir ao usuário a parte que dessa indemnização possa competir ao seu direito⁴⁹.

Por nossa parte, concordamos com esta posição. Sempre acrescentando que tal fica a dever-se às específicas finalidades a cumprir pelo direito real em causa e respectivo objecto. Na verdade, olhando para o art. 1484.º, vemos que “o direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família” (n.º 1). Quando este direito se refira a casa de morada, receberá a designação de direito de habitação (n.º 2). Há, portanto, uma específica afectação da coisa à satisfação de necessidades pessoais do usuário ou do morador usuário⁵⁰, o que justifica que as alterações das faculdades dela, nomeadamente de modo a transformá-la em coisa com finalidade económica distinta, façam com que deixe de ser apta, justamente, à satisfação daquelas necessidades. Se, por exemplo, um prédio destinado a habitação é

⁴⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 538.

⁴⁶ De facto, é o proprietário que recebe o produto da indemnização, apesar de não ser ele quem paga o seguro e de, possivelmente, nem sequer ter tido a iniciativa da sua celebração.

⁴⁷ Vide nota 38.

⁴⁸ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 480.

⁴⁹ *Idem*, p. 548

⁵⁰ Cfr. arts. 1486.º e 1487.º.

destruído, os destroços, mesmo que com valor económico, são, naturalmente, insusceptíveis de dar satisfação às necessidades do antigo morador usuário⁵¹.

7. Na hipótese de o direito de uso e habitação onerar o direito de propriedade *enriquecido* e como lhe são aplicáveis as disposições que regulam o usufruto (art. 1490.^o), então basta reproduzir as soluções a que já chegámos (valem para o usuário, com as necessárias adaptações, os preceitos que no usufruto se referem às acessões — art. 1449.^o). Sendo certo, no entanto, que tal pode não trazer qualquer vantagem ao usuário, dado que, como acabámos de ver, o conteúdo do direito de uso está limitado à medida das necessidades do seu titular e respectiva família.

d) Direito de superfície

8. Como é evidente, a subsistência e a aptidão do terreno para a construção ou plantação são essenciais para o exercício do direito de superfície (direito de construir/plantar ou de manter obra/plantação — art. 1524.^o). Assim, quando o direito de superfície não tenha por objecto a construção de obra no subsolo, se o solo desaparecer ou se inutilizar — por exemplo, por acção das águas —, naturalmente que o direito de superfície se extingue por impossibilidade de ser exercido (art. 1526.^o, n.^o 1, al. e)). Contudo, isso não importa necessariamente a extinção dos direitos reais constituídos sobre a superfície. Na verdade, terminando antes do prazo o direito de superfície temporário (e o mesmo vale para o perpétuo), os direitos reais constituídos sobre a superfície continuam a onerá-la, como se não tivesse havido extinção (art. 1541.^o)⁵². Sobre as hipóteses que nos interessam dizem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA: “sendo a extinção devida ao desaparecimento ou inutilização do solo, os direitos reais constituídos sobre este sofrerão conseqüentemente os efeitos decorrentes da nova situação da coisa”⁵³.

9. Caso o direito de superfície recaia sobre o terreno *enriquecido*, e tendo por objecto a faculdade de construir uma obra, consideramos que o superficiário não será beneficiado pela avulsão, porque o seu direito abrange apenas, em princípio, a porção de terreno necessária à implantação da obra (cfr. art. 1525.^o): esta porção de terreno mantém-se com as mesmas medidas, apesar ter aumentado a área de terreno pertencente ao proprietário do solo.

Mas, se tiver por objecto a faculdade de fazer plantação e não for definida a área, nada parece obstar a que beneficie do enriquecimento. Isto é, da leitura do art. 1529.^o pode concluir-se pela possibilidade de delimitação de uma área específica no terreno também para o direito de plantar/manter plantação (daí a necessidade de prever a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição das árvores). Logo, se esta área estiver definida no título constitutivo do direito de superfície, ela não aumentará pelo simples facto de o objecto do direito de propriedade ter agora aumentado. Diferentes, porém, serão as coisas quando tal área não esteja delimitada — como o direito do superficiário atinge toda a superfície do prédio, alargará o seu âmbito até às novas fronteiras.

e) Servidões prediais

10. Para este direito real não vale o princípio da totalidade, pois que a servidão onera apenas a parte do prédio serviente afectada ao fornecimento das utilidades ao prédio dominante⁵⁴. Logo, aquilo que dissemos em relação à extinção da totalidade de um prédio vale

⁵¹ Como é óbvio, não se extingue o direito de habitação para se constituir um novo direito de habitação sobre os destroços.

⁵² Sem prejuízo da aplicação dos arts. 1539.^o e 1540.^o logo que o prazo decorra — *grosso modo*, prevê-se aqui a extinção dos direitos reais de gozo e de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro com a extinção do direito de superfície temporário e, ainda, a extensão dos direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo à obra/árvores adquiridas com a extinção do direito de superfície (art. 1538.^o).

⁵³ *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 612.

⁵⁴ Assim, PIRES DE LIMA, anotação ao Ac. da Relação de Coimbra de 25-6-1965, *RLJ*, 98, 1965-1966, p. 172 e ss.,

para os casos em que há perda da parcela do terreno sobre a qual incide a servidão. Ou seja, ocorrendo a perda da parcela do terreno sobre a qual incide a servidão extingue-se este direito.

Não obstante, se em causa estiver uma servidão legal, e os pressupostos da sua constituição se mantiverem, nada obsta, naturalmente, a que se constitua uma nova.

11. Na hipótese de o direito de servidão onerar o direito de propriedade *enriquecido*, em consonância com o acabado de afirmar sobre a não aplicabilidade do princípio da totalidade a este direito real, naturalmente, temos de reconhecer que ele permanece inalterado.

4. A acção de demarcação

1. Os limites materiais do direito de propriedade sobre um imóvel carecem de estar claramente definidos, a fim de que cada um saiba o que lhe pertence, use, frua e disponha (material e juridicamente) sem entrar em conflito com os donos ou possuidores dos prédios confinantes e as relações de vizinhança não enveredem pela disputa indesejada de uma parcela de solo⁵⁵. Uma das formas de concretizar este objectivo está prevista nos arts. 1353.^o e ss.: é a acção de demarcação.

De facto, a acção de demarcação (outrora também designada de *tombamento*⁵⁶ — a *factio finium regundorum*) destina-se a concretizar, a tornar efectivo, a actuar o direito concedido pelo art. 1353.^o aos proprietários⁵⁷, ou seja, o de poderem obrigar os donos de terrenos confinantes a concorrerem para a demarcação entre os respectivos prédios^{58 - 59}. Como ensinam

HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 13 (n. 2), ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha, 1977, p. 223. Assim se compreende o princípio da indivisibilidade das servidões (art. 1546.^o) ou a possibilidade de mudança de servidão (art. 1568.^o).

⁵⁵ A lei, visando a coexistência e o exercício harmónico dos direitos reais sobre imóveis limítrofes, estabelece uma regulação minuciosa dos conflitos que tais direitos podem originar. A tal regulação dá-se, como se sabe, o nome de direito de vizinhança (arts. 1346.^o e ss.).

⁵⁶ Ver ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado, Processos Especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II, p. 12 a 14.

⁵⁷ “A atribuição do direito de demarcação apenas ao proprietário (ao invés da solução do Código anterior, que atribuía expressamente tal direito também ao usufrutuário e ao possuidor em nome próprio) não significa que os titulares de um direito real limitado que nisso tenham interesse (caso do usufrutuário, do titular de um direito de superfície e até de um credor hipotecário (...)) não possam tomar a iniciativa de pedir a demarcação. O que não dispõem é de legitimidade para o fazerem só por si, devendo provocar, pelos meios processuais próprios, a intervenção do proprietário na lide, sempre que com ele não consigam estabelecer uma relação de litisconsórcio voluntário.” Ou seja, o proprietário não pode deixar de estar em juízo para que seja plenamente eficaz a demarcação (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 200; no mesmo sentido, vide ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acção de Demarcação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 42).

⁵⁸ Refira-se que à acção de demarcação correspondem em algumas legislações duas acções distintas: uma, que tem por finalidade a simples colocação de marcos nos extremos, sendo os limites certos e indiscutíveis – cfr. art. 951.^o do Código Civil italiano e o § 919 do Código Civil alemão; outra, a *actio finium regundorum*, a fixação das estremas de cada prédio, que se destina à regulamentação dos confins, ou seja, à determinação das estremas dos prédios confinantes quando haja dúvidas acerca dos limites dos prédios.

Durante a discussão do anteprojecto do actual Código Civil, VAZ SERRA sugeriu que se regulamentasse também o direito à oposição de marcos, declarando-se na lei que, se eles faltassem ou se tornassem irreconhecíveis, cada um dos proprietários poderia exigir que fossem apostos ou restabelecidos, correndo as despesas por conta de todos os interessados. No entanto, não se reconheceu utilidade à atribuição de tal direito. Porquanto: “não havendo quaisquer dúvidas acerca dos limites dos prédios, assim como o proprietário de qualquer deles o pode murar, valar, rodear de sebes ou tapá-lo, também pode limitar-se, na esfera do seu direito de propriedade, a colocar marcos divisórios. Se o proprietário vizinho se conforma com eles, não há problemas a resolver; se não se conforma, é porque há dúvidas quanto aos limites, e são então aplicáveis as disposições dos artigos 1353.^o e seguintes, que se referem à *actio finium regundorum*” (cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 198).

⁵⁹ Evidentemente, nada impede que as partes cheguem a acordo quanto à exacta localização da fronteira entre os prédios. Em assim sucedendo, ficarão elas vinculadas ao que nele se contiver. Neste sentido, vide o acórdão da Relação de Coimbra, de 12 de Novembro de 2007, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc>, segundo o qual: “A acção de demarcação é uma acção declarativa RC, de 18-12-90, BM)

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a acção de demarcação é “uma acção de acertamento ou de declaração da extensão da propriedade sem que estejam em causa os títulos de aquisição”⁶⁰. Serve, assim, apenas para fixar as extremas dos prédios confinantes, para definir os seus limites duvidosos, fixando a linha divisória entre eles.

O direito facultativo de demarcação é imprescritível (*in facultativis non datur praescriptio*), uma vez que se trata de um direito ou faculdade⁶¹ inerente ao conteúdo legal do direito de propriedade que, por isso, não se perde pelo não uso, sem prejuízo, naturalmente, dos direitos adquiridos por usucapião (cfr. art. 1355.º)⁶².

Como é evidente, compete ao autor da acção alegar factos concretos em ordem a identificar o traçado da linha divisória.

2. De acordo com o preceituado no art. 1354.º, “a demarcação é feita em conformidade com os títulos de cada um e, na falta de títulos suficientes, de harmonia com a posse em que estejam os confinantes ou segundo o que resultar de outros meios de prova.” (n.º 1)⁶³. Não se fazendo prova por nenhum dos meios indicados — títulos, posse e outros meios — o terreno em litígio é distribuído em partes iguais (n.º 2 do mesmo preceito)⁶⁴. Porém, se os

nº 402º, 677, de natureza constitutiva ANSELMO DE CASTRO, *Lições de Processo Civil*, I, 1970, 198, cuja causa de pedir é o facto concreto que se invoca para obter o efeito pretendido, atento o disposto pelo artigo 498º, nº 4, e que tem por fim “autorizar uma mudança na ordem jurídica existente”, na definição formulada pelo artigo 4º, nº 2, c), ambos do CPC.

Trata-se, contudo, de uma actividade jurisdicional constitutiva, não necessária, porquanto os efeitos constitutivos, «lato sensu», podem ser alcançados, sem a intervenção do Tribunal, aderindo o onerado à prestação à pretensão do titular activo, por se tratar de um direito disponível — J. P. Remédio Marques, *A Acção Declarativa À Luz do Código Revisto*, 2007, p. 101 e p. 102.

Efectivamente, no domínio dos direitos potestativos constitutivos, em que se situa o objecto da acção de demarcação, a intervenção do Tribunal só é necessária para a sua criação, na hipótese de falta de actuação espontânea ou voluntária do obrigado a uma prestação, sendo a sentença a causa da modificação que se vai operar na ordem jurídica, declarando a decisão jurisdicional o que será para o futuro.”

⁶⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 199. Refira-se que também a jurisprudência tem decidido uniformemente que a acção de demarcação não tem por objecto o reconhecimento do direito de propriedade, embora o pressuponha (*vide*, por todos: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Junho de 1977 e de 10 de Outubro de 1986, respectivamente, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 268, p. 225 e *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 356, p. 285).

⁶¹ Direitos facultativos ou facultades jurídicas são, de acordo com a opinião dominante, os que não têm autonomia, sendo simples manifestações de um direito mais vasto. Ora, precisamente por não terem autonomia, não podem extinguir-se sem o direito em que estão compreendidos, embora possam extinguir-se por incompatibilidade com um direito adquirido, do mesmo modo que o direito “principal” se pode extinguir ou ficar onerado por um direito real menor.

⁶² Admitindo a nossa lei a posse exclusiva, ou seja, a posse não promiscua, de um dos proprietários confinantes, sobre a faixa de terreno “duvidosa”, é evidente que no caso de a acção de demarcação o réu opor a usucapião, surge um conflito de títulos e não de prédios e, conseqüentemente, a acção de demarcação converte-se numa acção de reivindicação (neste sentido, *vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 203).

⁶³ “O artigo 2341.º do Código de 1867 mandava atender à posse em que estivessem os confinantes, parecendo que só seria de admitir outro meio de prova se não existisse posse por parte de nenhum deles” Actualmente, “não obstante existir posse da faixa, ou de parte dela, pode o tribunal, com base noutros meios de prova, que podem ser simples presunções (desde que não haja usucapião, é evidente), chegar a uma conclusão contrária à revelada pela posse. Esta solução é seguramente preferível. A simples posse, não havendo o tempo necessário para a usucapião (caso em que o problema que se suscita é outro), não deve ter o relevo bastante para se sobrepor a qualquer outra prova, designadamente à prova testemunhal obtida com o depoimento de pessoas que tiveram conhecimento directo das causas que ocasionaram as dúvidas sobre as extremas dos prédios. A posse pode ser arbitrária ou abusiva. Ela será um elemento que, *tal como quaisquer outros elementos*, ajuda a fixar a convicção do tribunal.” (*Vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit. p. 201).

⁶⁴ “O preceito [o artigo 1354º, nº 2] deve ser usado para ilustrar o carácter inaceitável de uma (não) solução a que a «teoria das normas» conduziria. Pressupõe-se, na lei, que a demarcação não possa «ser resolvida pela posse ou por outro meio de prova», ou seja, prevê-se um *non liquet* que escapa às presunções dos artigos 1268º/1 e 1252º/2 [do CC]. Os postulados *rosenberguianos* implicariam que quem pedisse a demarcação provasse a constituição da propriedade sobre aquela fracção de terreno e que, não podendo fazê-lo, a sua pretensão fosse desatendida. A outra parte teria de fazer prova simétrica, não conseguindo demarcação favorável na sua falta. Note-se que não

títulos indicarem um espaço maior ou menor do que o abrangido pela totalidade do terreno, atribuir-se-á a falta ou o acréscimo proporcionalmente à parte de cada um (n.º 3)^{65,66}.

Saliente-se que a determinação da linha divisória é difícil “quando os títulos contêm, não a medição da superfície, mas apenas a de um lado, como se verifica em prédios situados na encosta de um monte, a partir da base e que só foram medidos como lados dum vasto polígono regular, cujo centro é o pico da mesma montanha. Deste modo, os prédios são de forma triangular, tendo o vértice no referido pico”⁶⁷.

Acrescente-se, ainda, que a demarcação é a operação material de colocar marcos ou sinais exteriores permanentes e visíveis, que assinalem diversos pontos da linha divisória entre dois prédios contíguos. Ou seja, a demarcação não consiste apenas na determinação da linha divisória, mas também na sua assinalação por meio de sinais externos visíveis e permanentes. Sabida qual é a linha divisória, só há que fixar no solo marcos de pedra ou outro material, quando não sejam adoptados para esse fim quaisquer sinais naturais existentes nessa linha⁶⁸.

Com o Decreto-Lei 329-A/95 — que deixou de prever, como processo especial, as *acções de arbitramento*⁶⁹ — a acção de demarcação deixou de ter uma regulamentação específica no Código de Processo Civil. Assim, a acção de demarcação passou a seguir a forma de processo comum de declaração surgindo, aí, a prova pericial como um dos meios probatórios utilizáveis⁷⁰.

estamos perante «contra normas», mas sim «normas autónomas incompatíveis», que se distinguem por o preenchimento de uma impedir o preenchimento da outra, daí resultando que, num confronto de «normas incompatíveis», a incerteza incide sempre simultaneamente sobre a verificação de ambas as *facti species*. O resultado seria uma decisão de «improcedência», o que, no caso da demarcação, é claramente inadequado, pois não se pede a declaração de certo direito, mas sim a dos limites do seu objecto, pelo que «improcedência» seria sinónimo de «não decisão», *i.e.*, conservação da incerteza anterior ao processo. [...] Quer dizer: a «manutenção do estado actual» (a pura indeterminação, mesmo em termos «fácticos») não merece tutela jurídica. Não intervindo outro princípio de distribuição do ónus da prova (pense-se, p. ex., no artigo 344º/2 [do CC]), o único meio disponível é uma atribuição material segundo a ideia de igualdade.

Encontramos, então, uma dificuldade acrescida da «teoria das normas», as «normas incompatíveis». Como mostra o artigo 1354º [do CC], uma distribuição contrária à verificação em concreto das previsões constitutivas é inaceitável sempre que o *status quo* não mereça tutela jurídica.” (Cfr. PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lisboa, Lex, 2000, p. 99 e nota 267).

⁶⁵ “Assim se os títulos indicarem para os dois prédios contíguos, respectivamente, as áreas de 100 e 50 metros quadrados, e se verificar que a área total não ultrapassa 135, será a demarcação feita pela atribuição, respectivamente, de 90 a 45 metros quadrados. Se, em vez de 135, os dois terrenos medirem 165 metros quadrados, serão atribuídos, ao primeiro 110 e ao segundo 55.” (Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 202).

⁶⁶ Como resulta do art. 1354.º, a acção de demarcação “transcende o plano de pura administração. É dispositiva (neste sentido vide ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acção de Demarcação*, ob. cit., p. 36 e acórdão da Relação de Coimbra, de 24 de Novembro de 2009, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt./jtrc..> onde pode ler-se: “neste caso os previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 1354, estamos inequivocamente perante um acto de disposição por contender com o alcance e dimensão do direito de propriedade sobre os terrenos contíguos e a definir pela fixação da linha de divisão que os irá diferenciar.”

⁶⁷ Cfr. ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acção de Demarcação*, ob. cit., p. 35.

⁶⁸ Cfr. CARVALHO MARTINS, *A Acção de Demarcação*, ob. cit., p. 19.

⁶⁹ Porque se entendeu que a prova pericial se revelava perfeitamente idónea para dar resposta, no quadro do processo comum de declaração, às necessidades e interesses tutelados com a instituição da figura do «*arbitramento*», tendo ainda a vantagem de atribuir ao juiz o poder-dever de valorar livremente os resultados da perícia que venha a ser realizada, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que a decisão judicial em muitos casos era meramente homologatória do laudo dos árbitros.

⁷⁰ Até ao Decreto-Lei 329-A/95, o processo de demarcação teve a sua tramitação regulada nos arts. 1052.º a 1054.º e 1058.º do Código de Processo Civil (doravante, C.P.C.), e compunha-se de três fases sucessivas e distintas, nada tendo a ver umas com as outras, para além de serem estádios, momentos da mesma acção, cujos resultados determinavam ou não a passagem à fase seguinte.

Na primeira fase, o autor devia articular e provar a titularidade dos prédios, a sua contiguidade e a falta de delimitação — cfr. art. 1353.º do Código Civil e art. 1052.º, n.º I C.P.C.. A reunião destes elementos podia resultar da falta de contestação, ou da improcedência da contestação apresentada — cfr. n.º 2 do art. 1053.º do C.P.C..

3. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a acção de demarcação tem natureza real⁷¹.

No entanto, a jurisprudência tem, maioritariamente, defendido que, nas acções de demarcação, a causa de pedir é complexa e constituída pelas circunstâncias da existência de propriedade confinante, e de extremas incertas ou discutidas. Ou seja, segundo a jurisprudência, na acção de demarcação a causa de pedir, base da acção, não é o facto jurídico de que deriva o direito real, mas sim o facto complexo da existência de prédios confinantes e de extremas incertas. São requisitos simultâneos: a) a existência de prédios confinantes⁷²; b) pertença a donos diferentes⁷³; c) dúvidas quanto a extremas divisórias⁷⁴.

Nesta perspectiva, como é óbvio, nunca está em causa o conteúdo de qualquer direito real, nomeadamente o do direito de propriedade, já que as extremas são fixadas como sempre o foram, sem porem em dúvida ou afectarem qualquer direito real. Por isso, a jurisprudência tem, em geral, afirmado a natureza pessoal da acção de demarcação. Ou seja, tem declarado que embora conexa com um direito das coisas, a acção de demarcação não é uma acção real, mas pessoal. Através dela não se pretende a declaração ou o reconhecimento de qualquer direito real, ou da sua amplitude, mas unicamente obter que se precisem as extremas de prédios confinantes, ou fazer funcionar o direito do proprietário de obrigar os donos dos prédios confinantes a concorrerem para a demarcação das extremas entre o seu prédio⁷⁵⁻⁷⁶.

Contra a referida posição maioritária da jurisprudência manifestou-se o Tribunal da Relação de Coimbra, através dos acórdãos de 12 de Novembro de 2007 e de 24 de Novembro de 2009, declarando, em traços largos, que se existirem dúvidas sobre a linha divisória dos prédios

Na segunda fase, era efectuada a prova dos elementos antes referidos e iniciava-se com a nomeação dos peritos para procederem à demarcação — art. 1053.º, n.º 2, do C.P.C.. Nesta fase, os peritos procediam à demarcação em face dos títulos que lhes fossem apresentados no acto de nomeação — cfr. n.º I do art. 1354.º do Código Civil e n.º I do art. 1058.º do C.P.C.. Era, ainda, nessa fase que, na falta de títulos, se realizava a conferência para obter o acordo dos proprietários dos terrenos confinantes quanto à linha divisória, à qual tinham de assistir os peritos nomeados — cfr. n.º 2 do art. 1058.º do C.P.C..

A terceira fase ocorria em caso de falta de acordo na conferência antes referida, nos termos do n.º 3 do art. 1058.º do C.P.C.. Esta fase tinha um processado diferente, conforme ambas as partes ou só uma apresentasse articulado a indicar os pontos por onde devia passar a linha divisória; e conforme os termos em que fosse feita a indicação: havendo apenas uma indicação de linha divisória não contestada procedia-se à demarcação de harmonia com ela (cfr. al. c) do n.º 3 do art. 1058.º do C.P.C.); se nenhuma indicação fosse apresentada, o terreno era distribuído em partes iguais (cfr. al. e) do n.º 3 do art. 1058.º do C.P.C.); se fossem apresentadas linhas divisórias diferentes ou houvesse contestação da única apresentada, seguiam-se, sem mais articulados, os termos do processo ordinário ou sumário, conforme o valor (cfr. als. b) e d) no n.º 3 do art. 1058.º do C.P.C.). Nesta fase tinha de se atender ao disposto no n.º I, segunda parte, e nos 2 e 3 do art. 1354.º do C.P.C..

Vide, sobre estes pontos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Maio de 1975, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 247, p. 95, o acórdão da Relação do Porto, de 13 de Maio de 1977, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano II - 4, p. 845 e o acórdão da Relação de Coimbra, de 1 de Novembro de 2005, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc>. Vide ainda ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado, Processos Especiais*, Vol. II, ob. cit., p. 36 a 40).

⁷¹ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 197.

⁷² Não há necessidade alguma de fazer demarcação entre prédios já separados por uma via pública, um rio ou terreno baldio.

⁷³ Na nossa perspectiva, nada obsta a que um proprietário requeira a demarcação entre um prédio de que é proprietário pleno e outro de que é comproprietário.

⁷⁴ Como é evidente, a incerteza ou dúvida sobre a linha divisória entre dois prédios contíguos surge em virtude da falta de marcos ou outros sinais exteriores que indiquem as extremas de cada prédio. Naturalmente, se o tribunal julgar que não há tal incerteza, porque, por exemplo, a linha divisória que corta o prédio do autor está definida por lei, o processo findará pela improcedência do fundamento da acção.

⁷⁵ Cfr. ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acção de Demarcação*, ob. cit., p. 18 e ss., *maxime*, p. 24. Por todos, vide acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Maio de 1969, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 187, p. 71 e de 14 de Junho de 1977, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 268, p. 225.

⁷⁶ Segundo o acórdão da Relação de Coimbra, de 2 de Outubro de 2009, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc>: “a acção de demarcação tem como pressuposto o reconhecimento do direito de propriedade sobre o prédio cuja demarcação se pretende. No entanto, a finalidade específica da acção não é o reconhecimento desse direito, mas fazer funcionar o direito que o proprietário tem de obrigar os donos dos prédios confinantes a concorrerem para a demarcação das extremas entre os prédios (art. 1353.º).”

pode acontecer que o próprio direito de propriedade seja afectado, consequentemente, nesse caso, a demarcação traduz-se num acto de disposição e a acção é real⁷⁷.

Em consonância com a posição maioritária da jurisprudência, tem-se afirmado que a acção de demarcação não está sujeita a registo (art. 3.º do Código de Registo Predial)⁷⁸.

4. Por fim, refira-se que a sentença proferida em acção comum sobre a demarcação pode ser executada em acção executiva para prestação de facto.

No âmbito do estabelecido no Código de Processo Civil antes da reforma que lhe foi introduzida pelo já citado Decreto-Lei 329-A/95, a questão da exequibilidade da sentença estava resolvida com o disposto no n.º 5 do art.1058.º, o qual determinava que *fixada a linha divisória, se for necessário cravar marcos, os peritos farão proceder a essa diligência*.

Actualmente, tem de se assumir o entendimento de que o Tribunal, ao declarar a linha divisória, está implicitamente a condenar as partes que não acordaram na definição estabelecida por si a cumprirem a obrigação derivada dessa declaração, ou seja, a obrigação de as partes acordarem, colaborarem ou permitirem a colocação de marcos ou outros sinais divisórios que assinalem a divisão declarada judicialmente.

E, naturalmente, no caso de essa prestação não ser voluntariamente efectuada, não se deve considerar necessária a propositura de uma nova acção para obrigar à sua observância, sendo suficiente, para a correspondente execução, a sentença anteriormente proferida que, contendo, implicitamente, uma ordem de praticar certo acto ou de realizar a mudança a que a acção visava, constituirá, dentro destes limites, título executivo. Sendo que o meio processual mais adequado para o efeito é o processo de execução para prestação de facto, com as necessárias adaptações necessárias às especificidades da causa, permitidas face ao princípio da adequação formal estabelecido no art. 265-A⁷⁹.

a) A acção de demarcação versus a acção de reivindicação

5. Como resulta do exposto, a acção de demarcação não se confunde com a acção de reivindicação. De facto, reivindicar é reivindicar, demarcar é demarcar. Numa acção de demarcação não se reivindica, demarca-se; uma acção de demarcação não tem por objecto o reconhecimento do domínio — embora o pressuponha —, mas sim, o de fazer funcionar o direito, reconhecido ao proprietário pelo art. 1353.º, de obrigar os donos de prédios confinantes a concorrerem para a demarcação das extremas respectivas.

⁷⁷ [On-line], consultados em 30 de Maio de 2010, disponíveis in <http://www.dgsi.pt/jtrc>.

⁷⁸ Como se sabe, não estão sujeitas a registo apenas as acções reais. De facto, como afirmam OLIVEIRA ASCENSÃO E PAULA COSTA E SILVA, Anotação ao acórdão de 8 de Maio de 1991, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, 1992, p. 202 a 205: “Enquanto o legislador processual entende ser real a acção cuja causa de pedir se funde num direito real, podendo ser também real a pretensão deduzida, em sede do Código do Registo Predial estará sujeita a registo a acção cujo efeito útil tenha interferência sobre a estrutura objectiva ou subjectiva de um direito real. Enquanto o Código de Processo Civil atende normalmente ao fundamento da acção, para a definir como real, o Código do Registo Predial apenas se ocupa com as repercussões que uma qualquer acção possa ter sobre os direitos sujeitos a registo. Deste modo, deverá ser registada, nos termos do art. 3.º do Código do Registo Predial, toda a acção cuja procedência implique uma alteração do conteúdo ou da estrutura de um direito real, não relevando, para efeitos de aplicação deste preceito legal, que aquela alteração resulte de uma acção fundada num direito real ou num direito de crédito, portanto quer se trate de uma acção real, quer não.

Só deste modo se obtém a finalidade do registo. Este visa tornar conhecida a situação jurídica das coisas, permitindo àquele que pretenda entrar em contacto com um direito real, cuja dinâmica se encontra sujeita a registo, conhecer a sua exacta dimensão”.

Ou seja, não é a natureza real do direito em que se funda a respectiva causa de pedir — tal como o direito processual qualifica as acções reais (cfr. art. 498.º, n.º 4, do C.P.C.) — que determina a sua registabilidade. O que para este efeito releva, é, antes, a realidade das pretensões deduzidas, isto é, dos efeitos substantivos que através da acção se pretende alcançar, realidade essa que é aferida nos termos expostos pelo citado art. 3.º, n.º 1, a).

⁷⁹ Vide acórdãos da Relação de Coimbra, de 15 de Maio de 2007 e de 12 de Novembro de 2007, [on-line], consultados em 30 de Maio de 2010, disponíveis in <http://www.dgsi.pt/jtrc>. No mesmo sentido vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Janeiro de 2005 e de 2 de Novembro de 2006, [on-line], consultados em 30 de Maio de 2010, disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

A acção de demarcação nada mais é, como referimos, do que uma acção de acertamento ou de declaração da extensão física da propriedade ou dos limites do prédio (sem que estejam em causa os títulos de aquisição)⁸⁰.

Numa acção de reivindicação, pelo contrário, o que se discute é o título em si e o que se pede é que, com base nesse título, se reconheça o direito real invocado e que se restitua a coisa ao seu proprietário. Ou seja, se as partes discutem o título de aquisição, como se, por exemplo, o autor pede o reconhecimento do seu direito de propriedade sobre a faixa ou sobre uma parte dela, porque a adquiriu por usucapião, por sucessão, por compra, por doação, etc., a acção é de *reivindicação*. Está em causa o próprio *título* de aquisição⁸¹. Se, pelo contrário, não se discute o título, mas a relevância dele em relação ao prédio, como, por exemplo, se o autor afirma que o título se refere a *varas* e não a *metros* ou discute os termos em que deve ser feita a medição, ou, mesmo em relação à usucapião, se não discute o título de aquisição do prédio de que a faixa faz parte, mas a extensão do prédio possuído, a acção é de *demarcação*⁸².

6. Assim sendo, como é evidente, existe uma enorme diferença em matéria de prova nas acções em confronto.

Na acção de reivindicação, o autor tem de fazer a prova da propriedade (*actore non probante reus absolvitur*); ao invés, na acção de demarcação, o autor não precisa de provar a posse pelo tempo necessário para a usucapião, nem tem de provar a existência de qualquer outro título aquisitivo. Na verdade, como já referimos, a prova pericial, testemunhal ou por presunções acerca dos limites dos prédios, e não dos títulos de aquisição, é suficiente.

Acresce que, como também já se salientou, não se fazendo a prova por nenhum dos meios indicados, a solução é a de o terreno em litígio ser distribuído em partes iguais (cfr. n.º 2 do art. 1354.º).

7. Não obstante o acabado de afirmar, como é evidente, nada impede que depois de julgada uma acção de reivindicação se intente uma acção de demarcação (*uma actio finium regundorum*). Mas, naturalmente, os dois julgados não podem contradizer-se.

Ou seja, se na acção de reivindicação for proferida sentença nos termos da qual pertencia aos autores determinada área de terreno, depois, numa acção de demarcação, o tribunal não pode aceitar que esse mesmo espaço, por força da linha divisória, pertença a outrem (ao autor da acção de demarcação) — decidindo, assim, de forma indirecta de modo contrário àquilo que o tribunal de forma directa, explícita e adequada já decidiu — sob pena de uma clara e inequívoca oposição de julgados. Oposição essa que, de acordo com as regras relativas ao caso julgado, deve ser resolvida dando prevalência à sentença que primeiramente tiver transitado em julgado. Portanto, sendo a acção de demarcação precedida por uma acção de reivindicação, o Tribunal terá de demarcar respeitando o direito de propriedade já anteriormente reconhecido por sentença judicial transitada em julgado. Consequentemente, o facto de a acção de demarcação ser precedida por uma acção de reivindicação acarreta que o

⁸⁰ Por isso, esse *acertamento* pode ocorrer mediante a repartição equitativa do terreno em causa (cfr. n.os 2 e 3 do art. 1354.º).

⁸¹ Como já referimos, pedindo o autor o reconhecimento do seu direito real, há-de alegar e provar factos demonstrativos da aquisição, uma vez que de acordo com o princípio da substanciação, adoptado pelo n.º 4 do art. 498.º do C.P.C., nas acções reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real (art. 498.º, n.º 4 do C.P.C.). Não sendo tal facto jurídico apenas o acto translativo da propriedade para o autor da acção, uma vez que, o acto translativo em si mesmo não é título que se imponha ao réu, mas somente na medida em que com os actos translativos anteriores, e em última análise a posse conducente à prescrição, invistam o autor no direito de propriedade ou domínio invocados.

⁸² Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 199. No mesmo sentido vide ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Acção de Demarcação*, ob. cit., p. 40 e ss.. No mesmo sentido também e citando PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA tem-se pronunciado uniformemente a jurisprudência nacional.

tribunal, ao demarcar, tenha de respeitar os limites físicos fixados na acção de reivindicação sob pena de, sobre o mesmo objecto de litígio, mas com o nome diferente, se lograr obter decisão contrária atentatória da força de caso julgado que em prol da certeza, segurança e prestígio das decisões dos tribunais, sejam eles de 1.ª ou de 2.ª instância ou mesmo o Supremo Tribunal de Justiça, devem respeitar e fazer respeitar⁸³.

8. Claro está que tudo o anteriormente exposto a propósito da acção da demarcação tem de ser entendido *cum grano salis*. Isto porque esta acção foi pensada e regulada pressupondo que não tinham ocorrido alterações na morfologia dos terrenos e que em causa se colocava apenas um problema de extremas incertas. Ora, como é manifesto, tudo se complica quando não é isso que acontece. De facto, como se poderão fixar as extremas com base em títulos, posse ou outro tipo de provas que apenas dizem respeito a um prédio que já foi, por vezes completamente, alterado?

Os títulos descrevem o prédio que existia antes dessa alteração.

A posse que pode ser provada tinha por objecto um imóvel que já não existe com as mesmas características.

As testemunhas só podem atestar factos anteriores à calamidade...

Mónica Jardim

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Margarida Costa Andrade

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

⁸³ Em sentido parcialmente contrário, *vide* acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Outubro de 2009, [on-line], consultado em 25 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt>, em cujo sumário se pode ler: “a excepção do caso julgado pressupõe a repetição de uma causa já julgada, com uma tríplice identidade: sujeitos, causa de pedir e pedido (artigos 497.º e 498.º, do Código de Processo Civil).

Tal excepção, em princípio, não se verifica entre uma acção, já julgada, de reivindicação e outra, entretanto proposta, de demarcação: naquela, o proprietário exige de qualquer possuidor o reconhecimento do seu direito e a consequente entrega do que lhe pertence (artigo 1311.º, n.º 1, do Código Civil); já nesta, tem a lei em conta o poder do proprietário de obrigar os donos dos prédios confinantes a concorrerem para a demarcação das extremas entre o seu prédio e o deles (artigo 1353.º do Código Civil).”

Em sentido contrário, *vide* acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Julho de 1982 e de 27 de Outubro de 2009, [on-line], consultados em 25 de Maio de 2010, disponíveis in <http://www.dgsi.pt>. No sumário deste último acórdão pode ler-se:

“I - Para averiguação da existência de caso julgado não é indiferente o objecto do processo e a apreciação que dele se faça na sentença, como o não é a natureza das acções em confronto.

II - No caso, perante uma acção de reivindicação e outra de demarcação, é natural que haja coincidência ou sobreposição de vários elementos da situação de facto que estão na origem dos pedidos.

III - Mas, os pedidos e os resultados jurídico e prático visados não são confundíveis: - na reivindicação, se o autor prova os limites que alega vê reconhecido o direito sobre a parcela na sua totalidade (ganha tudo), se não prova, o litígio mantém-se, pois fica sem saber quais são os limites (não ganha nem perde); - na demarcação, diferentemente, o autor indica os limites que entende mas sujeita-se a um resultado que pode ou não coincidir com a linha proposta, podendo obter total ou parcial ganho da causa ou nenhum.

IV - Reivindica-se para pedir o reconhecimento do direito de propriedade sobre uma coisa ou parte dela e a respectiva restituição, mas intenta-se acção de demarcação para obrigar o dono do prédio confinante a concorrer para a definição e fixação da linha divisória, não definida (arts. 1311.º e 1353.º do CC).

V - Diversos, pois, os pedidos e a causa de pedir, como, de resto, é postulado pela própria natureza das acções e respectivo objecto, tal afasta a pretendida ofensa de caso julgado formado na anterior acção de reivindicação lida entre as mesmas partes.”

No sentido referido no texto, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Maio de 2007, [on-line], consultado em 25 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt>. e o acórdão da Relação de Coimbra, de 2 de Fevereiro de 2010, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc>, que, por esclarecedor, passamos a transcrever parcialmente:

“No caso em apreço, a questão consiste em saber se há repetição de causas entre uma acção de reivindicação e uma acção de demarcação.

Alegam os recorrentes que não há identidade de pedidos nem de causa de pedir e, conseqüentemente, não há caso julgado.

Formalmente será assim: na acção de reivindicação pretende-se o reconhecimento do direito de propriedade e a restituição da coisa objecto desse direito e na acção de demarcação pretende-se delimitar a linha divisória entre dois prédios, pelo que a causa de pedir na primeira é o respectivo título, enquanto na segunda é a linha divisória a definir (embora a causa de pedir tenha pontos coincidentes, pois a definição da linha divisória deverá recorrer ao título) (...)

Só que, quando, para além da alegação da causa do pedido e causa de pedir específico de cada acção, se verificar que na acção anterior se conheceram de questões que foram pressuposto determinante para a decisão tomada e esses pressupostos estão em contradição com o pedido da acção posterior, não pode deixar de se concluir que há repetição de causas. Não admitir esta conclusão, com o pretexto de que não existe completa identidade de pedido e causa de pedir, seria uma violação da finalidade do artigo 497^o n^o2 do CPC.

É flagrantemente o caso dos autos.

Os autores pretendem agora a demarcação do seu prédio e do prédio dos réus, com a definição da respectiva linha divisória, invocando que há confusão quando ao traçado dessa linha, nomeadamente por não existirem marcos.

Ora, dos factos provados constantes da acção anterior de reivindicação consta, nos números 5, 10 e 11 que os dois prédios foram verbalmente divididos há muitos anos, estando definida essa linha na ligação entre a parede de um palheiro e um marco que os ora autores – réus na outra acção – arrancaram (encontrando-se o croquis a que se referem os pontos 10 e 11 dos factos provados da sentença da outra acção, com o desenho da linha divisória, a fls 56 destes autos).

Por isso, foram os ora autores condenados na acção anterior a repor esse marco e a devolver aos ora réus parte do terreno que ocuparam e que, segundo essa linha divisória, faz parte do prédio destes últimos.

Encontra-se até já intentada a respectiva execução, onde se irá cumprir a decisão da acção de reivindicação, com a aposição do marco arrancado pelos ora autores.

(...)

Não faria, assim, qualquer sentido permitir a discussão desta matéria na presente acção, devendo o pedido aqui formulado ter em consideração os pressupostos em que assentou a decisão anterior (e não só, uma vez que a própria decisão anterior proclama a existência de um marco e condena os ora autores a repô-lo).

(...)

SUMÁRIO:

I- Para efeitos de caso julgado, deverá o pedido formulado ter em conta, não só a decisão proferida na acção anterior, mas também os pressupostos em que esta assentou.

II- Embora o pedido formulado numa acção de demarcação seja diferente do pedido formulado numa acção de reivindicação, esta faz caso julgado relativamente àquela, quando os autores, na acção de demarcação, pretendem definir a linha divisória do prédio de forma diferente da linha que foi pressuposto da condenação à restituição da parcela ocupada e da reposição de um marco que arrancaram, na acção de reivindicação.”

Considerando que quando o objecto processual anterior é condição do objecto processual posterior, existe autoridade de caso julgado e que não pode obter-se uma demarcação de terreno se em acção anterior já se tiver decidido que o mesmo não pertence aos autores (cfr. acórdãos da Relação do Porto, de 21 de Setembro de 1999 e de 19 de Junho de 2000, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível *in* www.dgsi.pt/jtrp).

Afirmando que não podendo haver acção de reivindicação que não respeite uma demarcação anterior, *vide* o acórdão da Relação do Porto de 5 de Janeiro de 1993 e o acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Janeiro de 2008, [on-line], consultados em 30 de Maio de 2010, disponíveis, respectivamente, *in* www.dgsi.pt/jtrp e www.dgsi.pt/trl. Por fim, refira-se que no acórdão da Relação de Coimbra, de 10 e Novembro de 2009, [on-line], consultado em 30 de Maio de 2010, disponível *in* www.dgsi.pt, que “a identidade do pedido pressuposta pela excepção de caso julgado não pode deixar de atender ao objecto da sentença anterior e à relações de implicação dele decorrentes, bem como à interpretação que o tribunal fez dos fundamentos invocados pelas partes”.