

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO FORENSE

A vontade na aquisição do direito de propriedade por acessão

(estudo sobre o direito português)

Candidata: Sofia de Oliveira Moiteiro

Orientador: Prof. Doutor Henrique Sousa Antunes

Lisboa, 27 de Janeiro de 2014

Índice

Introdução	pág. 4
1. O momento da aquisição da propriedade na acessão	pág. 6
1.1. A problemática	pág. 6
1.2. A tese da aquisição automática	pág. 6
1.3. A tese da aquisição potestativa	pág. 8
1.4. Posições intermédias	pág. 12
1.5. Jurisprudência	pág. 13
1.6. Posição adoptada	pág. 15
2. A legitimidade da vontade na aquisição do direito de propriedade por acessão	pág. 18
2.1. A problemática	pág. 18
2.2. A tutela da posição do autor da incorporação	pág. 18
2.2.1. Posição adoptada	pág. 22
2.3. A tutela da vontade do proprietário do terreno	pág. 23
2.3.1. Posição adoptada	pág. 26
3. A situação jurídica entre o momento da incorporação e o momento da manifestação de vontade de aquisição	pág. 27
3.1. Debate doutrinal	pág. 27
3.2. Jurisprudência	pág. 30
3.3. Posição adoptada	pág. 31
4. A relevância do pagamento na aquisição de propriedade por acessão	pág. 32
4.1. O modo de pagamento	pág. 32

4.2.	Jurisprudência	pág. 36
4.3.	Posição adoptada	pág. 37
	Conclusão	pág. 39
	Bibliografia	pág. 42

Introdução

A acessão constitui uma das causas de aquisição do direito de propriedade. Ocorrendo união ou incorporação feita por terceiro em coisa de que é titular certa pessoa, pode, consoante as circunstâncias, esse terceiro vir a adquirir a propriedade de todo o conjunto, ou pode o proprietário da coisa adquirir o implante.

Embora a lei contenha uma definição unitária deste instituto no artigo 1325.º do Código Civil, o fenómeno da acessão pode ocorrer numa de duas modalidades: natural se a união ou incorporação tiver como causa exclusiva a acção da natureza, ou industrial quando há intervenção humana. É desta última modalidade que este estudo se irá ocupar, mais concretamente da acessão industrial imobiliária, cujo regime legal (arts. 1339.º a 1343.º) levanta algumas questões ainda não solucionadas. Não obstante ser esse o âmago da presente dissertação, também alguns aspectos da acessão industrial mobiliária (regulada nos arts. 1333.º a 1338.º) serão mencionados devido à sua relevância para o tema que nos ocupa.

Sendo a acessão um dos modos de aquisição da propriedade de acordo com o art. 1316.º, é de extrema importância analisar como ocorre este fenómeno nomeadamente qual o papel dos seus intervenientes, em que momento ocorre essa aquisição, e em que moldes funciona todo este processo.

Concretamente, o objectivo deste estudo consiste em compreender qual a relevância da vontade dos envolvidos no fenómeno da acessão no que respeita à aquisição do direito de propriedade. Tendo como base a doutrina e jurisprudência portuguesas, proceder-se-á à análise e ponderação das questões que permanecem por responder.

Ao aplicarmos as regras da acessão ao caso concreto há que ser cauteloso nessa aplicação pois o seu regime jurídico não está totalmente sistematizado. As incongruências do regime da acessão podem até levar a situações em que um dos intervenientes se encontra verdadeiramente desprotegido, tendo o legislador descurado o facto de poder colocar um dos interessados num injusto prejuízo.

São diversas as problemáticas que têm vindo a ser discutidas no nosso ordenamento jurídico fruto da desarmonia das normas que regem este instituto.

Perante uma situação de acessão industrial imobiliária terá a vontade do seu beneficiário um papel importante no desfecho daquele conflito de interesses, nomeadamente, podendo ele decidir que não pretende adquirir por acessão? Se sim qual o regime a aplicar? No regime da acessão industrial mobiliária esta possibilidade encontra-se regulada nos n.ºs 3 e 4 do art. 1333.º, mas não existe solução semelhante para a acessão industrial imobiliária. Como preencher esta omissão do legislador?

Se admitirmos que a aquisição da propriedade por acessão é potestativa, e que, portanto, tem de haver uma manifestação de vontade do beneficiário da acessão para que este adquira o direito de propriedade, em que situação jurídica se encontram os envolvidos entre o momento da incorporação e o momento da aquisição? A quem pertence o terreno? A quem pertence a incorporação? Neste caso temos várias possibilidades: estaremos perante uma situação de compropriedade? Ou o terreno continua a pertencer ao seu primitivo proprietário e a incorporação pertence ao seu autor até o beneficiário exercer o seu direito potestativo?

Terá o pagamento um papel relevante na aquisição da propriedade por acessão ou será meramente secundário em todo este processo? Como e quando deve o sacrificado proceder ao pagamento?

Em suma, este estudo pretende reflectir sobre a legitimidade da vontade na aquisição da propriedade por acessão nomeadamente se a vontade se traduz no grande factor determinante que promove este fenómeno, ou se, embora seja um factor determinante estará, porém sujeito a condicionantes ou se será simplesmente um factor acessório.

1. O momento de aquisição da propriedade na acessão

1.1. A problemática

O art. 1317.º, alínea d) do Código Civil estabelece que na acessão, o direito de propriedade adquire-se no momento “*da verificação dos factos respectivos*”. A interpretação deste preceito tem suscitado controvérsia na doutrina portuguesa: significará que se trata de uma aquisição automática e imperativa ou será antes necessária uma manifestação de vontade do beneficiário da acessão nesse sentido?

1.2. A tese da aquisição automática

O art. 1340.º do Código Civil regula o regime da acessão industrial imobiliária nos casos em que as obras, sementeiras ou plantações são feitas de boa fé em terreno alheio.

De acordo com o n.º 1 do preceito, quando o valor que a incorporação tiver trazido à totalidade do prédio for superior ao que este tinha antes, o seu autor adquire a propriedade do prédio, pagando o valor que este tinha antes das obras, sementeiras ou plantações. Pelo contrário, se o valor acrescentado for inferior, a incorporação pertence ao dono do terreno, “*com obrigação de indemnizar o autor delas do valor que tinham ao tempo da incorporação*” (n.º 3 do art. 1340.º).

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA defendem que estas normas contêm um verdadeiro princípio imperativo de aquisição, por isso “*não se exige um negócio jurídico, nem qualquer manifestação de vontade*”¹. Os autores, apesar de admitirem que a tese da aquisição potestativa tem algumas vantagens *de iure constituendo*, refutam-na por não ter correspondência com a letra da lei: (1) enquanto que no art. 1343.º - sobre o prolongamento de edifício por terreno alheio - estamos claramente perante uma aquisição potestativa, pois, segundo a letra da lei, “*o construtor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado*”, nos

¹ Cfr. “*Código Civil: anotado*” Vol, III, Coimbra Editora, 2.ª edição, 1987, pág. 165.

arts. 1339.^{o2} e 1340.^o, estando verificada a construção, a sementeira ou a plantação, o construtor “*adquire a propriedade*”, o que revela que se pretendeu conferir automaticidade à aquisição da propriedade nestes casos; (2) se a aquisição fosse potestativa, o legislador teria previsto um regime semelhante ao dos arts. 1333.^o, n.^o 4 e 1335.^o, n.^{os} 1 e 2 - que regulam as situações de acessão industrial mobiliária em que o beneficiário da acessão não pretende adquirir a propriedade – para a acessão industrial imobiliária. Segundo os autores, “*tal omissão é sinal seguro de que o legislador optou, nos arts. 1339.^o e 1340.^o, por uma solução unitária e imperativa – a da aquisição automática ou imediata – e não por soluções alternativas, dependentes da vontade dos titulares ou de um dos titulares dos interesses em conflito*”³; (3) para além disso, nos casos de obras ou plantações, não pode o proprietário do solo renunciar ao direito conferido pela lei, pois isso implicaria a constituição de direito de superfície, que apenas pode ser realizada por meio de escritura pública⁴.

A mesma tese é defendida por AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES⁵ e por JÚLIO GOMES⁶ que faz referência às dificuldades que se colocam ao reconhecimento de um direito potestativo: (1) o legislador não previu as consequências para o não exercício do direito colocando-se a questão de saber qual o prazo para o seu exercício, e qual a situação jurídica dos bens entre o momento da incorporação e o momento da manifestação da vontade do beneficiário da acessão; (2) a lei também não resolve o problema da validade dos actos praticados por quem permanece proprietário enquanto não ocorre a aquisição por acessão; (3) também não se prevê a possibilidade de transmissão do direito potestativo de aquisição nem de interpelação do titular do direito pela outra parte no sentido de pôr fim à situação de indefinição; (4) o legislador também não regulou a questão da distribuição do risco: “*o proprietário de um terreno, mesmo que de má fé, adquire por acessão as obras, plantações ou sementeiras que nele realizou – caso tais obras venham a ser destruídas, depois de*

² Que regula as situações em que é criada uma obra, sementeira ou plantação com materiais alheios.

³ Cfr. “*Código Civil: anotado*” (...), pág. 166.

⁴ O art. 80.^o n.^o 1 do Código de Notariado foi entretanto revogado pelo DL n.^o 116/2008 de 4 de Julho.

⁵ Cfr. “*Curso de Direitos Reais*”, 2.^a edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1993, pág. 353.

⁶ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Maio de 1998, págs. 354 a 367.

realizadas, por um caso fortuito, poderá então ele afirmar que já não está interessado no exercício do seu direito potestativo de aquisição?”⁷.

Segundo o autor, a principal preocupação do legislador foi evitar situações de incerteza ou de indefinição, e por isso em primeiro lugar procurou-se atribuir a propriedade a uma só pessoa e apenas num segundo momento é que houve a preocupação com a indemnização do sacrificado. Apesar de adoptar a tese da aquisição automática, JÚLIO GOMES considera que esta solução da lei “*crítica*vel pelos perigos a que expõe um proprietário de uma coisa que pode ver desaparecer a sua propriedade, sem qualquer garantia de compensação, uma vez que esta, quanto a nós, representa uma preocupação secundária da lei”⁸, contudo acrescenta que esta questão também não poderia ser resolvida com a tese da aquisição potestativa pois “*afirmar-se que se trata aqui de um direito potestativo da aquisição apenas parece dar-lhe*⁹ *mais tempo ou, pela indefinição resultante do não exercício do direito, levar as partes a uma solução negociada. Esta indefinição é, quanto a nós, precisamente o que a lei pretende evitar, preferindo em homenagem a este objectivo sacrificar os interesses das partes envolvidas*”¹⁰.

1.3. A tese da aquisição potestativa

A doutrina maioritária - OLIVEIRA ASCENSÃO¹¹, CARVALHO FERNANDES¹², JOSÉ ALBERTO VIEIRA¹³, RUI PINTO DUARTE¹⁴, MENEZES CORDEIRO¹⁵, A. SANTOS JUSTO¹⁶, A.

⁷ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*” (...), pág. 358.

⁸ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*” (...), pág. 361.

⁹ Dar à pessoa que “*é surpreendida com a exigência do pagamento do valor da coisa a que acedeu, sem sua vontade*”, cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*” (...), pág. 362.

¹⁰ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*” (...), págs. 362 a 363.

¹¹ Cfr. “*Direito Civil: Reais*”, 5.ª edição, Coimbra Editora, 1993, págs. 306 a 309.

¹² Cfr. “*Lições de Direitos Reais*”, 6.ª edição, Quid Iuris, Lisboa 2009, págs. 349 a 351.

CARVALHO MARTINS¹⁷ e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ¹⁸ - tem entendido que a aquisição do direito de propriedade é potestativa, interpretando a lei no sentido de que a acessão tem carácter facultativo. Um dos principais argumentos consiste no sinalagma estabelecido entre a acessão e o pagamento que resulta dos arts. 1339.º e 1340.º, segundo os quais, o titular do direito de acessão “*acquire a propriedade (...) pagando*” e do art. 1333.º, n.º 1 (mas já no âmbito da acessão industrial mobiliária, mais concretamente nos casos de união ou confusão de boa fé) que permite a aquisição pelo seu beneficiário “*contando que indemnize*”. Também o art. 1343.º vem reforçar este argumento ao estabelecer que, nos casos de prolongamento de edifício por terreno alheio, “*o construtor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado (...) pagando*”. Trata-se, portanto, de uma aquisição potestativa condicionada ao pagamento^{19 20}, cuja reciprocidade não é compatível com uma aquisição automática e imperativa onde a contrapartida se traduziria apenas na obrigação de indemnizar. Existem ainda outros artigos dos quais resulta o carácter facultativo da acessão, quer se trate de acessão industrial mobiliária, quer se trate de acessão industrial imobiliária: é o caso do art.

¹³ Cfr. “*Direitos Reais*”, Coimbra Editora, Abril de 2008, págs. 710 a 711.

¹⁴ Cfr. “*Curso de Direitos Reais*”, 2ª edição, Principia, Fevereiro 2007, págs. 92 a 93, “*Dois apontamentos sobre acessão industrial imobiliária*” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2009, págs. 789 e 790 e “*A jurisprudência portuguesa sobre acessão industrial imobiliária – algumas observações*”, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano III, n.º 5, 2002, págs. 260 e 261.

¹⁵ Cfr. “*Direitos Reais*”, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979, págs. 503 a 504.

¹⁶ Cfr. “*Direitos Reais*”, Coimbra Editora, págs. 269 a 271.

¹⁷ Cfr. “*Acessão*”, Coimbra Editora, 1992, págs. 127 a 128.

¹⁸ Cfr. “*Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*”, Quid Juris, 4.ª edição, 2009, págs. 422 a 423.

¹⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Acessão*”, in Scientia Iuridica, Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira, Tomo XXII, n.º 122-125, Maio/Agosto 1975, págs. 338 a 339.

²⁰ Mas já não será assim no caso da acessão industrial mobiliária, de cujas normas se pode retirar que a aquisição se dá no momento da declaração de vontade do sujeito, independentemente do pagamento (os arts. 1334.º n.º 2 e 1335.º n.º 1 referem-se ao pagamento no futuro). Trata-se, portanto, de uma restrição à aquisição potestativa condicionada ao pagamento. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, esta restrição é justificada pelo de facto de “*a acessão imobiliária não necessitar de ser comprovada documentalmente como a imobiliária e dever ser quanto possível realizada independentemente do recurso a tribunal (...) a admissão de uma acessão contra pagamento não implica a necessidade de recurso a tribunal, (...) [mas] dificulta a actuação, por exigir a concordância simultânea de todos os pontos. Desta maneira, resolve-se logo a situação real, podendo depois a dívida de indemnização ser tratada como uma dívida vulgar*” – cfr. “*Acessão*” (...), pág. 340.

1340.º, n.º 2, que à semelhança do art. 1333.º, n.º 2, faz depender a acessão de uma licitação nos casos em que ambas as coisas sejam de igual valor, e dos arts. 1333.º, n.º 3²¹, 1334.º, n.º 2²², 1335.º, n.ºs 1 e 2²³, e 1341.º²⁴ que regulam os casos em que o beneficiário da acessão não quer exercer o seu direito.

Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO “*não admira que seja esta a solução pois são muito numerosos os interesses que falam em favor de uma aquisição potestativa*”²⁵: (1) a automaticidade obrigaria o beneficiário da acessão ao pagamento de uma indemnização que ele poderia não ter meios de efectuar naquele momento, “*pelo contrário, o carácter potestativo da aquisição permite-lhe ajustar e negociar de maneira a poder efectivamente adquirir*”²⁶; (2) a aquisição automática implicaria que, embora o proprietário do terreno à data da obra, plantação ou sementeira, perdesse de imediato o seu direito de propriedade, não haveria em simultâneo o pagamento de indemnização que seria feito em momento posterior; (3) a tese potestativa permite que as partes acordem uma resolução do conflito diferente da estipulada na lei, e que seja para elas mais conveniente - por exemplo, mudando as posições de beneficiário e de sacrificado, ou constituindo direito de superfície - evitando-se a rigidez de uma solução imperativa; (4) de acordo com a tese automática o risco começaria imediatamente a correr por conta do beneficiário da acessão, o que levaria a resultados

²¹ Diz o artigo: “*Se os interessados não quiserem licitar, será vendida a coisa e cada um deles haverá no produto da venda a parte que deva tocar-lhe*”.

²² Diz o artigo: “*Se, porém, a coisa não puder ser separada sem parecer detrimento, deve o autor da união ou confusão restituir o valor da coisa e indemnizar o seu dono, quando este não prefira ficar com ambas as coisas adjuntas e pagar ao autor da união ou confusão o valor que for calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa*”.

²³ Dizem os preceitos, respectivamente: (1) “*Se a adjunção ou confusão se operar casualmente e as coisas adjuntas ou confundidas não puderem separar-se sem detrimento de alguma delas, ficam pertencendo ao dono da mais valiosa, que pagará o justo valor da outra; se, porém, este não quiser fazê-lo, assiste idêntico direito ao dono da menos valiosa*”; (2) “*Se nenhum deles quiser ficar com a coisa, será esta vendida, e cada um deles haverá na parte do preço que lhe pertencer*”.

²⁴ Diz a norma: “*Se a obra, sementeira ou plantação for feita de má fé, tem o dono do terreno o direito de exigir que seja desfeita e que o terreno seja restituído ao seu primitivo estado à custa do autor dela, ou, se o preferir, o direito de ficar com a obra, sementeira ou plantação pelo valor que for fixado segundo as regras do enriquecimento sem causa*”.

²⁵ Cfr. “*Direito Civil: Reais*” (...), pág. 307.

²⁶ Cfr. “*Acessão*” (...), pág. 341.

injustos uma vez que este poderia nem sequer ter conhecimento da incorporação²⁷; (5) a automaticidade não permite que o autor da incorporação feita de má-fé possa exercer o *jus tollendi*, e de acordo com o autor “[*deve-se*] reconhecer a quem incorporou a coisa a possibilidade de reconstruir a situação primitiva, enquanto o dono da coisa acedida não fizer funcionar a acessão em seu favor”²⁸, por analogia com o que sucede com as benfeitorias necessárias e úteis no que diz respeito aos melhoramentos efectuados na coisa de má-fé (art. 1273.º do Código Civil)²⁹.

O mesmo autor entende que da interpretação do art. 1317.º, alínea d) nada se pode retirar a favor da tese da automaticidade ou da tese da potestatividade pois o legislador ao estabelecer que o direito de propriedade por acessão adquire-se no momento “*da verificação dos factos respectivos*”, está se a referir a factos “*em sentido restrito, com meros acontecimentos, por oposição aos actos jurídicos*”^{30 31}. Acresce que com este preceito o legislador procurou fixar não o momento fáctico, mas o momento jurídico da aquisição – “*é seguro para nós que a acessão, uma vez operada, retroage ao momento da união de coisas, de modo que juridicamente tudo se passa como se a aquisição se tivesse operado nesse momento*”^{32 33}.

Poder-se-ia contestar esta posição pelo facto de o art. 1340.º n.º 3 mencionar uma “*obrigação de indemnizar*”, contudo, de acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, o legislador utilizou a palavra “obrigação” no sentido de se tratar não de uma obrigação em sentido técnico, mas de um ónus, tal como o faz no art. 1468.º quanto às obrigações do usufrutuário³⁴ e, sendo assim “*o preceito confirma que a aquisição se faz contra pagamento, pois a*

²⁷ JÚLIO GOMES não concorda com este argumento pois, regra geral, quando alguém adquire uma coisa está a assumir voluntariamente o risco, aplicando-se o princípio *res perit domino*.

²⁸ Cfr. “*Acessão*” (...), pág. 343.

²⁹ Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, o Código Civil não prevê expressamente esta possibilidade para a acessão porque a pressupõe – cfr. “*Acessão*” (...), pág. 343.

³⁰ Cfr. “*Acessão*” (...), pág. 334.

³¹ Como também sucede com as alíneas b) e c) do art. 1317.º.

³² O mesmo processo se aplica à alínea b) do art. 1317.º pois na sucessão por morte, a aquisição da propriedade só opera posteriormente à abertura da sucessão, quando ocorre a aceitação da mesma.

³³ “*Acessão*” (...), pág. 335.

³⁴ Apesar de o legislador falar num dever, na prática trata-se de um ónus.

satisfação do ónus é contemporânea da obtenção do benefício que se pretende. Nenhuma razão haveria de facto para admitir neste caso um regime diferenciado dos restantes”³⁵.

1.4. Posições intermédias

Porém, as possibilidades de resolução deste problema não se cingem apenas à tese automática e à tese potestativa. Também existe na doutrina portuguesa teses mistas.

É o caso de QUIRINO SOARES³⁶ que adopta a tese potestativa para os n.ºs 1 e 2 do art. 1340.º, mas quanto ao n.º 3 entende que a aquisição é automática. De acordo com este autor, regra geral, deve-se aplicar o princípio *superficies solo cedit* quando o beneficiário da acessão seja o proprietário do solo. Contudo há casos em que tendo em conta o valor ou a natureza da incorporação, o legislador entendeu tutelar o interesse do construtor, fazendo depender a aquisição do direito de propriedade de manifestação de vontade do mesmo, com efeitos retroactivos até ao momento da incorporação.

Também ELSA SEQUEIRA SANTOS³⁷ adoptou uma posição intermédia³⁸, partindo da razão de ser do instituto da acessão que não é atribuir imediatamente a titularidade do direito de propriedade, mas sim evitar a contitularidade. Não se trata de uma aquisição automática, o que ocorre é a “*constituição automática de uma situação de contitularidade*”^{39 40}. Para a

³⁵ Cfr. “*Acessão*” in *Scientia Iuridica*, Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira, Tomo XXII, n.ºs 122-125, Maio-Agosto 1975, págs. 339 a 340.

³⁶ Cfr. “*Acessão e Benfeitorias*”, Separata dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano IV, Tomo I, 1996, pág. 22.

³⁷ Cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*” in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Outubro 2008;

³⁸ Contudo, a autora admite que, embora a sua posição diga respeito a uma aquisição por meio de declaração de vontade de um sujeito, os seus efeitos práticos aproximam-se mais dos da tese da aquisição automática – cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*” (...), pág. 707.

³⁹ Cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*”(...), pág. 705.

⁴⁰ A esta situação de contitularidade, a autora entende que se deve aplicar as regras da compropriedade, estabelecendo-se as quotas de acordo com o valor das coisas antes da acessão – cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*”(...), págs. 705 a 706.

autora, sendo o escopo principal da acessão desfazer uma situação de contitularidade que é criada automaticamente, essa possibilidade deve ser concedida não só aos intervenientes mas a todos os interessados, e assim “*podemos considerar a aquisição por acessão, quando ocorra, não como um direito potestativo do adquirente, mas como uma consequência da aplicação da lei, aplicação essa que pode ser desencadeada por qualquer sujeito, mesmo sem a vontade, ou contra a vontade, do beneficiário*”⁴¹. Desta forma evita-se que perante a inércia do beneficiário da acessão, a parte sacrificada se veja presa a uma situação de incerteza, podendo “*exigir judicialmente a atribuição da coisa ao beneficiário da acessão, com a sua consequente condenação no pagamento previsto na lei*”⁴².

De acordo com esta posição, a acessão pode-se dar sem o acordo do beneficiário, que poderá ter de pagar sem ter meios para o fazer, entendendo a autora que antes de mais se deve dar prevalência aos interesses do sujeito sacrificado com a acessão, pois “*será melhor ser credor do que ser titular natural/virtual*”⁴³, até porque o beneficiário da acessão, caso não possa efectuar o pagamento, tem sempre a possibilidade de vender o prédio ou recorrer ao abandono liberatório. Acresce que na maioria dos casos de obrigações de pagamento que ocorrem no nosso ordenamento jurídico, não se procura averiguar se o devedor tem condições para cumprir. Para além disso, podem os intervenientes entender resolver o problema da contitularidade através de outra forma não prevista na lei (por exemplo, constituindo um direito de superfície), não havendo o perigo de uma das partes ver o seu direito sacrificado sem receber nada em troca.

1.5. Jurisprudência

Embora o STJ tenha assumido a tese da automaticidade no seu acórdão de 25 de Março de 1996⁴⁴, onde segue a mesma linha de pensamento que PIRES DE LIMA E ANTUNES

⁴¹ Cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*”(…), pág. 706.

⁴² Cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*”(…), pág. 707.

⁴³ Cfr. “*A aquisição por acessão é potestativa?*”(…), pág. 708.

⁴⁴ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*”, Ano IV, Tomo I – 1996, Coimbra, págs. 153 a 157 (em particular as págs. 154 e 155).

VARELA, a jurisprudência maioritária tem entendido que a aquisição da propriedade na acessão é potestativa como é o caso do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Novembro de 1989⁴⁵ ⁴⁶ embora ressalvando que “*à face da letra da lei nenhuma das teses encontra apoio decisivo*”⁴⁷. O tribunal refuta a tese da automaticidade entendendo que o facto de o Código Civil, nos seus arts. 1339.º e 1340.º n.º 1, utilizar o verbo “adquirir” no presente do indicativo, alterando o tempo verbal utilizado no Código Civil de Seabra (arts. 2304.º, 2035.º e 2036.º § 1.º) não significa que o legislador pretendeu conferir carácter automático e imperativo à acessão. E quanto ao facto de a lei estabelecer que na acessão o momento da aquisição do direito de propriedade é o da “*verificação dos factos respectivos*”, o tribunal argumenta que “*é certo que há o artigo 1317.º e nele se estabelece que o momento da aquisição do direito de propriedade é o da incorporação da obra. Todavia isso nada significa a favor da tese dos Profs. P. Lima e A. Varela, porque aquele momento se verifica mesmo que o direito de acessão seja potestativo, como é o caso, por todos reconhecido do art. 1343.º n.º 1. Neste caso «é evidente que num ponto de vista de facto a aquisição só se dá mais tarde, pois é necessária» a declaração de vontade que é cronologicamente posterior. Mas a lei faz retroagir esse momento ao da verificação da incorporação (...)*”⁴⁸. Para além disso, é a própria lei, no art. 1342.º n.º 1 sobre as obras, sementeiras ou plantações feitas com materiais alheios em terreno alheio, que se refere à aquisição da propriedade como um direito que assiste ao autor da obra, o que não significa que opere automaticamente⁴⁹. Quanto à crítica que se tem feito à tese potestativa, nomeadamente por ela não conferir tutela jurídica ao dono do terreno onde foram feitas as obras, o tribunal acrescenta ainda que “*o dono do solo tem sempre o poder de actuar por meio de acção possessória ou de reivindicação, e pedir a entrega da coisa e a reconstituição natural da situação*”⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*”, Ano XIV, Tomo IV – 1989, págs. 50 a 54.

⁴⁶ Cfr. também Acórdão do STJ de 12-09-2006, (Proc. n.º 06A2246), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁷ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*”(…), pág. 51.

⁴⁸ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*”(…), pág. 52.

⁴⁹ Art. 1342.º n.º 1: “*Quando as obras, sementeiras ou plantações sejam feitas em terreno alheio com materiais, sementes ou plantas alheias, ao dono dos materiais, sementes ou plantas cabem os direitos conferidos no artigo 1340.º ao autor da incorporação, quer este esteja de boa, quer de má-fé*”.

⁵⁰ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*”(…), pág. 52.

A mesma corrente jurisprudencial continua a dominar os acórdãos mais recentes dos tribunais portugueses. O acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de Fevereiro de 2011⁵¹ recorre aos estudos elaborados por RUI PINTO DUARTE sobre a matéria⁵² para demonstrar a consolidação da tese potestativa como tese maioritária ao longo dos anos: “já então (2002) se anunciava que a tese da aquisição potestativa estava a alcançar a unanimidade na jurisprudência”, sendo que no seu estudo mais recente “o autor entre os mais diz (...) que quase toda a jurisprudência entende que a aquisição não é automática e diz que na doutrina há mais equilíbrio”. O acórdão também faz menção à posição intermédia de ELSA SEQUEIRA SANTOS que não concorda nem com doutrina maioritária nem com a tese da aquisição automática⁵³, entendendo que a acessão não constitui uma modalidade de aquisição da propriedade. Contudo, o tribunal conclui que estando praticamente alcançada a unanimidade na doutrina e jurisprudência portuguesas quanto à potestatividade do direito criado pelo instituto da acessão, não faz sentido dar continuidade à discussão, criando-se novas divergências, por respeito ao princípio da segurança jurídica.

1.6. Posição adoptada

Tendo a concordar com a tese da doutrina maioritária, não só por motivos de exegese do texto legal⁵⁴ mas também atendendo à importância de tutelar os interesses dos intervenientes na acessão.

De facto, a aplicação da tese da aquisição automática pura e dura conduziria a resultados gritantes, quer desprotegendo o beneficiário da acessão que seria imediatamente obrigado ao pagamento de uma quantia para a qual poderá não estar prevenido, quer

⁵¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Proc. n.º 179/08.3TBSAT.C1).

⁵² “Dois apontamentos sobre acessão industrial imobiliária” (...), págs. 783 e 795 e “A jurisprudência portuguesa sobre acessão industrial imobiliária – algumas observações” (...), págs. 257, 260 e 261, já citados anteriormente.

⁵³ A este propósito o tribunal cita a autora “se entendermos que a aquisição a favor de um dos sujeitos tem efeito retroactivo, ser a aquisição automática ou potestativa em nada afecta a solução procurada”.

⁵⁴ Para além dos argumentos já apresentados, acresce também a questão de saber como compatibilizaríamos a doutrina da aquisição automática com o disposto no art. 1341.º.

prejudicando a parte sacrificada que se vê imediatamente despojada da sua propriedade, podendo até em alguns casos não ter conhecimento dessa ocorrência, quando um dos princípios fundamentais do Direito Civil português consiste, precisamente, no reconhecimento da propriedade privada que corresponde ao direito real de gozo máximo no ordenamento jurídico nacional.

Entendo, portanto, que a aquisição da propriedade na acessão industrial imobiliária requer a manifestação do seu beneficiário.

A grande vantagem desta posição, a meu ver, prende-se com o facto de permitir aos intervenientes acordarem uma outra solução que concluam ser a mais favorável para ambos, não estando limitados à solução apresentada pela lei. Outro grande princípio que rege o Direito Civil é o da autonomia privada, que apesar de ter mais força no âmbito das relações contratuais, também vale no domínio dos direitos subjectivos. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES, *“os direitos subjectivos são um dos instrumentos através dos quais se realizam os interesses de cada um, no domínio das relações sociais entre particulares; razoável é, portanto, reconhecer aos seus titulares liberdade de os exercer ou não exercer, de dispor deles, de pura e simplesmente renunciar aos seus direitos. A autonomia expressa-se, pois, aqui, no poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular”*⁵⁵. Entendo que este pensamento deve ser aplicado ao instituto da acessão, devendo ser reconhecido ao seu beneficiário a possibilidade de querer ou não exercer o seu direito.

Contudo, reconheço que seguindo esta posição, coloca-se o problema de, enquanto o beneficiário não exercer o seu direito, existir uma situação de incerteza que deve ser solucionada o mais rapidamente possível.

Para evitar que a parte sacrificada tenha de permanecer inerte, sem nada poder fazer para acelerar este processo, penso que a melhor solução seria impor ao titular do direito potestativo um prazo razoável, a contar da data em que tem conhecimento de que é titular desse direito, para que este decida se o quer exercer ou não. Mas que prazo seria o mais razoável para o exercício deste direito?

⁵⁵ Cfr. *“Teoria Geral do Direito Civil”*, vol. 1, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 90.

Para responder a esta pergunta, denota-se fulcral analisar brevemente o direito de preferência. Este direito, que confere – legalmente⁵⁶ ou por via negocial⁵⁷ - ao seu titular a possibilidade de preferir em caso de venda de determinada coisa, apresenta, em traços gerais, similitudes à situação referida *supra*. De facto, não obstante a acessão não se tratar de uma compra, a verdade é que se trata de um instituto que tem como resultado final a aquisição de um direito de propriedade sobre determinada coisa. Por outras palavras, é conferido ao seu beneficiário o direito potestativo de por mera manifestação de vontade adquirir a propriedade sobre determinada coisa.

O Código Civil trata o regime dos pactos de preferência nos arts. 414.º a 423.º. O art. 416.º regula questão do conhecimento do preferente, dispondo o seu n.º 2 que “*recebida a comunicação, deve o titular exercer o seu direito dentro do prazo de oito dias, sob pena de caducidade, salvo se estiver vinculado a prazo mais curto ou o obrigado lhe assinar prazo mais longo*”. Daqui resulta que, no âmbito dos pactos de preferência, o preferente, tendo conhecimento do seu direito potestativo, tem um prazo – designado por *spatium deliberandi* - para o exercer sob pena de caducidade do mesmo.

Importa não esquecer, que sendo o direito potestativo uma situação jurídica activa – “*poder de produzir efeitos jurídicos que vão afectar, inelutavelmente, a esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo-se uma relação jurídica, de que este é também sujeito*”⁵⁸ - do outro lado encontra-se a sujeição, que constitui a situação jurídica mais fraca do Direito português - “*situação em que se encontra certa pessoa, de ter de suportar a produção, na sua esfera jurídica, dos efeitos jurídicos decorrentes da actuação unilateral do titular do direito potestativo*”⁵⁹ – pelo que deve evitar-se que esta vulnerabilidade se prolongue indefinidamente.

Sendo este o quadro da acessão industrial imobiliária, e uma vez que o beneficiário do direito potestativo deve estar adstrito a um prazo razoável para exercer o seu direito pelos

⁵⁶ A título de exemplo temos os arts. 1409.º e 1410.º do Código Civil a propósito da compropriedade, e o art. 1535.º do mesmo diploma que consagra um direito legal de preferência no âmbito do direito de superfície.

⁵⁷ Regulado nos arts, 414.º a 423.º do Código Civil.

⁵⁸ Cfr. CARVALHO FERNANDES, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, vol. 2, 4.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 581.

⁵⁹ Cfr. CARVALHO FERNANDES, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, vol. 2 (...), pág. 641.

motivos *supra* referidos, sou da opinião que se deve aplicar a este instituto a mesma lógica do n.º 2 do art. 416.º do Código Civil. Por outras palavras, o beneficiário da acessão deverá decidir-se pelo exercício do seu direito no prazo de oito dias a contar do momento em que toma conhecimento de que é titular do mesmo, sob pena de caducidade. Não obstante, este regime se inserir no contexto do Direito das Obrigações, a aplicação do mesmo não se denota novidade no âmbito dos Direitos Reais, como pode ser facilmente conferido nos institutos da compropriedade e do direito de superfície os quais apresentam remissões para o regime do pacto de preferência⁶⁰, pelo que a aplicação de tal prazo parece-me possível no seio da acessão.

2. A legitimidade da vontade na aquisição do direito de propriedade por acessão

2.1. A problemática

Assumindo que para adquirir por acessão é necessária uma declaração de vontade do beneficiário, confrontamo-nos com uma questão que não se encontra expressamente resolvida pela lei: e se o beneficiário não quiser adquirir? Quer o autor da obra, quer o dono do terreno podem não estar interessados em adquiri-la ou, até podem querer mas não ter meios para efectuar o pagamento exigido pela lei – haverá alguma forma de tutelar as suas posições?

2.2. A tutela da posição do autor da incorporação

Segundo RUI PINTO DUARTE, a causa desta problemática pode ter surgido pelo facto de “o legislador histórico ter pretendido consagrar a aquisição automática ou (...) ter

⁶⁰ Cfr. Respectivamente os arts. 1409.º n.º 2 e 1535.º n.º 2 do Código Civil.

pressuposto que o autor da obra exerceria sempre o seu direito de aquisição ou a qualquer outra razão”⁶¹.

Considerando a necessidade de uma resolução jurídica deste problema para a integridade do ordenamento jurídico, podemos classificar esta omissão da lei como uma lacuna⁶². De acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO se “*se concluir que o caso cabe dentro da demarcação fundamental da ordem jurídica, ainda é necessário determinar se ele deve ser juridicamente regulado. Tem de se encontrar algum indício normativo que permita concluir que o sistema jurídico requer a consideração e solução daquele caso*”⁶³.

Na opinião de RUI PINTO DUARTE, no regime da acessão industrial imobiliária podemos encontrar duas normas legais que demonstram que tal omissão não tem coerência *de lege lata* – são as normas dos arts. 1340.º n.º 3 (sobre a incorporação feita de boa fé em terreno alheio) e 1341.º (sobre a incorporação feita de má fé em terreno alheio) do Código Civil.

De acordo com o primeiro artigo, o autor da incorporação, nos casos em que o valor acrescentado que esta trouxe para a totalidade do prédio for menor que o valor anterior do mesmo, tem direito a uma indemnização. Este é um caso em que o autor da obra, sementeira ou plantação não adquire a propriedade por acessão mas ainda assim a lei confere-lhe um direito, neste caso, o direito a uma indemnização.

O art. 1341.º também atribui direitos ao autor da incorporação mesmo que este esteja de má-fé, embora o desfecho desta situação esteja ao critério do dono do terreno que pode ou exigir que a obra seja desfeita, colocando o terreno no seu estado original, ou optar por ficar com a obra. No primeiro caso, o autor da incorporação tem a oportunidade de recuperar o que construiu, embora tenha de suportar os custos da restituição do terreno ao seu estado

⁶¹ Cfr. “*Dois apontamentos sobre acessão industrial imobiliária*” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2009, pág. 790.

⁶² O mesmo entendimento é defendido por CARVALHO FERNANDES: “*Admitida, como parece razoável, na lógica de um modo de aquisição potestativa, a possibilidade de ocorrência de tais hipóteses, logo, a necessidade de as regular, identifica-se, no caso, uma lacuna da lei, a integrar nos termos gerais de Direito*” – cfr. “*Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária*”, in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, 2008, pág. 658.

⁶³ Cfr. “*O Direito: Introdução e Teoria Geral*”, 13.ª edição, Almedina, 2006, pág. 435.

primitivo; no segundo caso tem direito a ser indemnizado de acordo com as regras do enriquecimento sem causa. Ora, se em caso de má fé, o autor da incorporação pode reaver o que construiu (ainda que com custos) ou no caso em que o dono do terreno adquire a obra, tem direito a receber uma indemnização de acordo com os ditames do enriquecimento sem causa, por maioria de razão, nos casos de boa fé, parece que o autor da obra também deverá ter direitos.

Desta análise pode-se concluir que o sistema jurídico exige que seja reconhecido ao autor da obra algum direito nos casos em que não pretende exercer o seu direito de adquirir por acessão.

Acresce ainda o facto de em relação à acessão industrial mobiliária o legislador ter regulado um conjunto de situações que não previu na acessão industrial imobiliária.

Por um lado, o art. 1333.º n.º 3 prevê o caso de os interessados não quererem licitar, enquanto que o art. 1340.º n.º 2 menciona apenas a possibilidade de licitação caso o valor acrescentado seja igual ao valor que o terreno tinha antes da implantação, pelo que à partida poderíamos concluir que ao remeter apenas para n.º 2 do art. 1333.º, o legislador pretendeu atribuir a solução desta questão a outras regras que não a do n.º 3 desse preceito.

QUIRINO SOARES classifica esta situação como “estranha” uma vez que “*não [se] vislumbra a que outras regras ou princípios se há de recorrer, e que, por outro lado, o código anterior, perante hipótese semelhante (§ 2.º, do art. 2306.º), remeteu, expressamente, para todo o preceituário do artigo 2301.º, onde, no § 2.º, se faz, por outro lado, remissão para os §§ 2.º e 3.º, do artigo 2299.º, dos quais consta que, não querendo as partes licitar, será o prédio sujeito a venda*”⁶⁴. Ora, se o código anterior regulava esta situação, não se vê motivos para que o legislador actual não o tenha feito.

Por outro lado, o art. 1335.º n.º 2 regula o caso de nenhum dos beneficiários da acessão querer adquirir a coisa, ao passo que os arts. 1340.º n.ºs 1 e 3 e 1342.º n.º 1 apenas definem quem é o beneficiário da acessão na situação em causa.

⁶⁴ Cfr. “*Acessão e Benfeitorias*”(…), pág. 27.

Perante uma lacuna, pode o intérprete procurar integrá-la através da analogia segundo o art. 10.º do Código Civil. Será o presente caso omissivo susceptível de integração por analogia?

De acordo com o art. 10.º n.º 2 do Código Civil há analogia quando “*no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei*”. Contudo, OLIVEIRA ASCENSÃO entende que não é preciso ir tão longe, uma vez que se as razões justificativas da regulamentação fossem as mesmas, então estaríamos a falar do mesmo caso e não de casos análogos, e “*o que a analogia supõe é que as semelhanças [sejam] mais relevantes que as diferenças. Há um núcleo fundamental nos dois casos que exige a mesma estatuição. Se esse núcleo fundamental pesar mais que as diversidades, podemos então afirmar que há analogia*”⁶⁵.

Na minha opinião, parece existir uma manifesta semelhança entre os artigos *supra* mencionados, pois o legislador em ambos os casos regulou a possibilidade de licitação e de aquisição do direito de propriedade pelo beneficiário da acessão, pelo que parece que simplesmente não previu (por lapso ou esquecimento) o regime a aplicar para os casos de acessão industrial imobiliária em que não se quer proceder à licitação ou em que o beneficiário não pretende adquirir. Assim, e uma vez que de acordo com o que se tem vindo a afirmar neste estudo, a aquisição da propriedade na acessão é potestativa, faz todo o sentido recorrer à analogia para integrar a lacuna da lei, prevendo as consequências de não se querer adquirir.

Resta saber a que soluções nos leva o preenchimento desta lacuna da lei.

De acordo com RUI PINTO DUARTE, perante um caso de construção de obras, sementeiras ou plantações de boa fé em terreno alheio (art. 1340.º n.º 1), se o autor da incorporação não quiser adquirir, pode o dono do terreno querer ficar com a obra desde que pague o valor fixado segundo as regras do enriquecimento sem causa⁶⁶, por analogia ao que sucede nos arts. 1340.º n.º 3 e 1341.º que atribui esse direito ao autor da incorporação apesar de este não adquirir por acessão em tais casos.

⁶⁵ Cfr. “*O Direito: Introdução e Teoria Geral*” (...), pág. 447.

⁶⁶ Cfr. “*Dois apontamentos sobre acessão industrial imobiliária*”(…), págs. 791 e 792.

Também CARVALHO FERNANDES entende que estamos perante uma lacuna da lei, pelo que, segundo este autor, é necessário verificar que situações da acessão industrial imobiliária poderão corresponder às situações reguladas no âmbito da acessão industrial mobiliária. Em primeiro lugar temos o caso do art. 1340.º n.º 2, em que nem o dono do terreno nem o autor da incorporação querem licitar, situação que se encontra regulada para a acessão industrial mobiliária nos arts. 1333.º n.º 2 e 1335.º n.º 3⁶⁷, e em segundo lugar pode ainda suceder que nos casos dos arts. 1340.º n.º 1 e 3 e 1342.º n.º 1 nenhum dos envolvidos na acessão queira adquirir a coisa resultante da incorporação, que corresponde ao disposto no art. 1335.º n.º 2 para a acessão industrial mobiliária. De acordo com o autor, “*sendo manifesta a analogia entre os casos em apreço, a solução correcta é de se proceder à venda da coisa unitária resultante da incorporação e a de repartição do seu produto entre os interessados*”⁶⁸.

2.2.1. Posição adoptada

Podemos constatar que apesar de ambos os autores recorrem à analogia para colmatar a lacuna da lei, RUI PINTO DUARTE aplica analogicamente normas do próprio regime da acessão industrial imobiliária (arts. 1340.º n.º 3 e 1341.º), enquanto que CARVALHO FERNANDES recorre às regras estipuladas pelo legislador para a acessão industrial mobiliária (arts. 1333.º n.ºs 2 e 3 e 1335.º n.ºs 2 e 3).

Na minha opinião ambas as posições são importantes para a resolução da lacuna da lei, podendo mesmo complementarem-se pois a solução apresentada por CARVALHO FERNANDES apenas resolve a questão para os casos em que nem o dono do terreno nem o autor da incorporação querem adquirir por acessão.

Concordo com a solução apresentada por RUI PINTO DUARTE, mas não apenas no sentido de que o autor da incorporação deverá ter direitos mesmo nos casos em que não queira exercer o seu direito potestativo, mas também porque nestas situações se deve tutelar a

⁶⁷ Que por sua vez remete para o art. 1333.º n.º 3.

⁶⁸ Cfr. “*Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária*” (...), pág. 658.

posição do dono do terreno que apesar de a lei não lhe ter conferido o direito potestativo poderá estar interessado em adquirir por acessão.

Assim, perante uma situação do art. 1340.º n.º 1, se o autor da incorporação não quiser adquirir a propriedade do terreno por acessão deve-se dar a possibilidade ao dono do terreno de adquirir a incorporação desde que pague ao seu autor, o valor que a obra, sementeira ou plantação tinha no momento da incorporação.

Ou seja, se nos casos do art. 1340.º n.º 1 o autor da incorporação não quiser exercer o seu direito potestativo, passa o dono do terreno a ser o beneficiário da acessão.

Caso nenhum dos intervenientes queira adquirir, deve então, como defende CARVALHO FERNANDES, a coisa ser vendida e o seu produto repartido entre o dono do terreno e o autor da incorporação por analogia ao que sucede na acessão industrial mobiliária.

2.3. A tutela da vontade do proprietário do terreno

Quanto ao problema da legitimidade da vontade na acessão, JÚLIO GOMES chama a atenção para a *“escassa e insuficiente tutela que é concedida ao proprietário de uma coisa, o qual não desencadeia o processo de confusão ou incorporação”*⁶⁹.

Em caso de união ou confusão de boa fé, o art. 1333.º n.º 4 do Código Civil evita que seja imposto ao proprietário “passivo” ficar com a coisa adjunta optando pela indemnização⁷⁰. Esta solução não tem paralelo entre os arts. 1339.º a 1343.º. O legislador ao regular a acessão industrial mobiliária conferiu ao proprietário “passivo” uma tutela que *“estranhamente”*⁷¹ preferiu omitir na acessão industrial imobiliária.

⁶⁹ Cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”* (...), pág. 342.

⁷⁰ Diz o artigo: *“Em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o autor da confusão é obrigado a ficar com a coisa adjunta, ainda que seja de maior valor, se o dono dela preferir a respectiva indemnização”*.

⁷¹ Expressão usada por JÚLIO GOMES, cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”*(...), pág. 342.

Segundo o autor, na acessão industrial imobiliária o proprietário do terreno pode sair injustamente prejudicado, pois apesar de a lei fazer a comparação entre o valor que foi acrescentado ao prédio e o valor que este tinha antes da incorporação, nos casos do n.º 3 do art. 1340.º, para adquirir as obras, sementeiras ou plantações, o proprietário terá de indemnizar o autor delas do valor que tinham no momento da incorporação “*mesmo que este valor seja superior ao próprio valor acrescentado*”⁷², ou ainda mais grave, se o valor acrescentado pela obra for nulo também terá de pagar indemnização do valor que esta tinha no momento da incorporação para poder ficar com o seu terreno que em nada beneficiou com a obra, o que significa que “*o proprietário de um terreno acaba por suportar o risco do fracasso das obras ou plantações realizadas por outrem no seu próprio terreno*”⁷³.

Este problema ganha especial dimensão para JÚLIO GOMES pois, como já foi *supra* referido, o autor adere à doutrina da aquisição automática o que não deixa alternativa ao dono do terreno. Assim, não havendo preceito semelhante ao do art. 1333.º n.º 4, surge o problema de saber se será possível uma aplicação analógica desta norma para os casos de acessão industrial imobiliária que permita tutelar a posição desfavorável em que se encontra o proprietário do terreno.

Outra questão que é colocada e que também é alvo de análise por parte do autor consiste em saber se o art. 1340.º n.º 3 ao estipular uma obrigação de “indemnizar” do dono do terreno se está a referir a indemnização em sentido próprio, como reparação de um dano ou se se está a referir a uma restituição nos termos do enriquecimento sem causa.

Se analisarmos o regime da acessão industrial imobiliária podemos constatar que o legislador utiliza várias expressões para designar a prestação do beneficiário da acessão – o legislador tanto se refere a “indemnização”, como a “pagamento do valor” como “pagamento do valor de acordo com as regras do enriquecimento sem causa” e ainda “reparação do prejuízo causado”.

⁷² Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*”(…), pág. 343.

⁷³ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*”(…), pág. 343.

Sucedem que, para que se possa falar de uma verdadeira indenização, têm de estar preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, nos termos do art. 483.º do Código Civil, nomeadamente a ilicitude e a culpa.

Se nas situações de má fé, parecem não existir dúvidas de que o pressuposto da culpa se encontra preenchido, nos casos de boa fé a questão já parece carecer de alguma liquidez pois, apesar de poder existir culpa em tais situações, mais concretamente quando há negligência, a verdade é que não são raros os casos em que tal pressuposto não se verifica. Por isso, JÚLIO GOMES afirma que *“admitir-se a existência de responsabilidade civil, nas situações descritas em que não há culpa, parece-nos dificilmente sustentável”*⁷⁴ e nem sequer considera possível que se possa defender a existência de responsabilidade objectiva quando o proprietário passivo permaneceu inerte devido ao seu desconhecimento da incorporação uma vez que este *“limitou-se a não saber que outrem estava a invadir a sua esfera jurídica”*⁷⁵, por isso não vê *“qualquer fundamento para uma responsabilidade e para a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem, a não ser que se considere que ser proprietário é, em si mesmo, um risco...”*⁷⁶.

Assim, o autor conclui que quando a lei se refere a uma obrigação de indenização por parte do beneficiário da acessão se deve entender que se trata não de uma indenização em sentido próprio mas da restituição de um enriquecimento e que o legislador se terá socorrido da expressão “indenização”, provavelmente, *“por inércia e por força da tradição, uma vez que essa era já a terminologia empregue pelo Código anterior, o que bem se compreende, pois que ele não conhecia a figura geral do enriquecimento sem causa”*⁷⁷.

Este entendimento tem particular importância para o *“proprietário «passivo», o qual não tomou a iniciativa (e não deve suportar o risco concomitante) e a quem não pode ser*

⁷⁴ Cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”*(...), pág. 370.

⁷⁵ Cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”*(...), pág. 370.

⁷⁶ Cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”*(...), págs. 370 a 371.

⁷⁷ Cfr. *“O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”*(...), págs. 374 a 375.

imputada qualquer acção e que, nas hipóteses de ignorância, não omitiu, tão pouco, um hipotético dever de advertir outrem”⁷⁸.

Contudo, JÚLIO GOMES reconhece que se coloca um obstáculo à tese por si defendida, uma vez que o legislador em algumas normas da acessão industrial imobiliária remete expressamente para as regras do enriquecimento sem causa o que poderia significar que somente nestes casos se aplica regime. O autor entende que o legislador não pretendeu restringir a aplicação das regras do enriquecimento sem causa, mas optou por fazer uma remissão expressa porque poderiam se suscitar dúvidas quanto ao regime a aplicar nos casos em que as obras, sementeiras ou plantações são realizadas de má fé.

2.3.1. Posição adoptada

Tendo adoptado o entendimento de que a aquisição da propriedade por acessão decorre do exercício de um direito potestativo, não é possível acompanhar a posição de JÚLIO GOMES relativamente ao art. 1333.º n.º 4.

Numa concepção em que a vontade dos intervenientes tem uma enorme importância, não se compreende como é que se pode impor ao autor da incorporação que fique com a coisa pagando indemnização quando o proprietário não queira exercer o seu direito, pois como diz expressamente o art. 1333.º n.º 4, “*o autor da confusão é obrigado a ficar com a coisa adjunta, ainda que seja de maior valor, se o dono dela preferir a respectiva indemnização*”.

Assim, a aplicação do preceito no âmbito da acessão industrial imobiliária iria levar a resultados injustos uma vez que, se por um lado é dada a possibilidade ao dono do terreno de querer exercer ou não o seu direito, por outro o autor da incorporação seria forçado a adquirir algo que o dono do terreno não quis, preterindo-se, assim, a sua vontade, não sendo neste caso uma aquisição potestativa da propriedade mas sim uma verdadeira aquisição automática, pelo que concluo que tal aplicação analógica do art. 1333.º n.º 4 ao regime da acessão industrial imobiliária não é possível.

⁷⁸ Cfr. “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*”(…), pág. 371.

Sendo assim, penso que a melhor solução para os casos em que o dono do terreno não quer adquirir por acessão seria a constituição de direito de superfície a favor do autor do implante, caso, seja do seu interesse, nos termos do arts. 1524.º e seguintes do Código Civil, mantendo perpétua ou temporariamente a sua incorporação no terreno alheio.

Esta solução apresenta-se mais equilibrada, quer para o dono do terreno que não tem de prescindir da sua propriedade, quer para o autor da incorporação que tem a possibilidade de ficar com a obra, sementeira ou plantação nos casos em que o dono do terreno não exerce o seu direito potestativo.

Quanto ao conceito de indemnização presente no art. 1340.º n.º 3 tendo a concordar com o defendido por JÚLIO GOMES, por ser o entendimento que melhor tutela a posição do proprietário “passivo”, evitando-se assim situações de injustiça, algumas delas mencionadas pelo próprio autor, como seria o caso de o proprietário do solo ter de indemnizar o autor da incorporação nas situações em que o valor que as obras, sementeiras ou plantações têm no momento da incorporação é superior ao próprio valor acrescentado, ou até mesmo quando valor acrescentado é nulo. A adopção das regras do enriquecimento sem causa vem impedir um possível desequilíbrio de posições em desfavor do proprietário do terreno, tendo este de indemnizar apenas na medida do seu enriquecimento de acordo com os arts. 473.º e seguintes do Código Civil.

3. A situação jurídica entre o momento da incorporação e o momento da manifestação de vontade de aquisição

3.1. Debate doutrinal

A posição de acordo com a qual a aquisição da propriedade por acessão depende da manifestação de vontade do seu beneficiário leva-nos a concluir que inevitavelmente ocorre um período de indefinição quanto à propriedade do solo e da incorporação entre o momento da sua construção e o momento da efectiva aquisição.

Perante esta situação, poderão ser equacionadas três soluções: (1) ou coexistem dois direitos distintos, um a incidir sobre o terreno e outro a incidir sobre a obra, sementeira ou plantação; (2) ou se considera que após a conclusão da incorporação passamos a estar perante uma situação de compropriedade; (3) ou acompanhando o princípio de que tudo o que se incorpora na coisa pertence a ela (princípio *superficies solo cedit*), entendemos que até à efectiva aquisição existe uma situação de posse por parte do autor da incorporação em relação ao terreno e ao implante.

Enquanto defensor da primeira posição, para OLIVEIRA ASCENSÃO, existem dois direitos de propriedade distintos: um sobre o solo e outro sobre a incorporação. Durante este período há que respeitar um regime jurídico que tutele ambos os intervenientes. Assim, o dono do terreno pode exercer o seu direito de propriedade, exceptuando o exercício de poderes de facto que colidam com a incorporação existente no terreno, *“mas aí o óbice é fáctico e não jurídico, e em nada atinge a caracterização do direito como propriedade”*⁷⁹. Por sua vez o dono da incorporação pode fazer uso quer dos poderes de facto, quer dos poderes jurídicos no âmbito do seu direito de propriedade, nomeadamente arrendar ou mesmo alienar.

Quanto ao facto de a co-existência de duas propriedades distintas se revelar uma situação inconveniente pela sua indefinição, o autor entende que esta situação não é problemática pelo facto de ser do próprio interesse dos intervenientes resolver esta indefinição através da acessão: por um lado, o dono do terreno não pode exercer plenamente o seu direito de propriedade, nomeadamente não pode fruir os bens estando *“limitado a um muito teórico gozo do subsolo, enquanto o autor da incorporação prossegue efectivamente no gozo do implante. É pois do seu interesse fazê-lo reverter para si quanto antes”*⁸⁰; por outro lado, também o dono do implante vê a sua propriedade condicionada, no seu caso, cinge-se aos poderes jurídicos cujo exercício também levanta dificuldades. No caso de hipoteca, esta encontra-se sujeita a registo, de acordo com o art. 2.º n.º 1 alínea h) do Código de Registo Predial, e nesse caso o autor da incorporação terá dificuldades em pedir averbamento às descrições, pois, segundo o art. 38.º n.º 1 do mesmo diploma, apenas poderá fazê-lo se estiver

⁷⁹ Cfr. “Acessão” (...), pág. 354.

⁸⁰ Cfr. “Acessão” (...), pág. 355.

inscrito como proprietário ou possuidor, ou como interessado. Podemos, pois, concluir que também não será do interesse do dono da incorporação prolongar esta situação de incerteza.

E se, mesmo assim, o dono da incorporação nada fizer? Como pode o proprietário preterido reagir? A incorporação, mesmo quando realizada de boa-fé constitui um acto ilícito⁸¹, pelo que o proprietário do solo poderá pedir que a coisa lhe seja entregue e a reconstituição natural da situação, através de uma acção possessória ou de uma acção de reivindicação. Assim, o autor do implante vê-se obrigado a fazer exercer o seu direito de acessão, adquirindo a propriedade do solo e pagando a indemnização exigida pela lei.

Nos casos do art. 1340.º n.º 2, qualquer um dos dois pode, em qualquer momento, dar início à licitação.

Esta solução apresentada por OLIVEIRA ASCENSÃO, é segundo o autor “*subtil mas eficaz; não contraria os interesses das partes, antes se serve deles para alcançar os seus desígnios*”⁸².

Com uma posição totalmente distinta de OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ vê esta situação como uma comunhão segundo dois prismas: (1) estamos perante uma comunhão *pro diviso*, ou seja, propriedades distintas sobre partes da mesma realidade, “*se as coisas, apesar de unidas inseparavelmente, ainda forem funcionalmente distinguíveis*”⁸³; ou (2) estamos perante uma verdadeira situação de compropriedade (ou de comunhão *pro indiviso*), se as partes não forem distinguíveis.

Discordando, CARVALHO FERNANDES entende que não se pode tratar de uma comunhão, uma vez que após a incorporação existem “*direitos distintos sobre coisas distintas*”⁸⁴, ou seja, o autor do implante e o dono do terreno mantêm-se “*titulares do direito que sobre elas detinham antes de ela [incorporação] ocorrer*”⁸⁵.

Para além disso, as opiniões referidas *supra* não englobam todas as situações possíveis na acessão industrial imobiliária, nomeadamente, o art. 1342.º n.º 1 que prevê a possibilidade

⁸¹ Excepto nos casos em que há autorização por parte do dono do terreno.

⁸² Cfr. “*Acessão*” (...), pág. 355.

⁸³ Cfr. “*Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*” (...), pág. 424.

⁸⁴ Cfr. “*Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária*”(…), pág. 661.

⁸⁵ Cfr. “*Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária*”(…), pág. 661.

de o beneficiário da acessão ser, não o autor da incorporação⁸⁶, mas o dono dos materiais, sementes ou plantações.

Acresce ainda que, embora OLIVEIRA ASCENSÃO entenda que a situação jurídica é de direitos de propriedade distintos, o art. 1339.º estabelece um caso em que o direito sobre o terreno e o direito sobre a incorporação pertencem à mesma pessoa.

A solução correcta, segundo CARVALHO FERNANDES, consiste em considerar que entre o momento da construção do implante e o momento da aquisição, o autor da incorporação encontra-se numa situação de posse, de boa ou má fé, em relação ao terreno e ao implante. Isto porque, a acessão pressupõe a detenção, por parte de quem constrói, do terreno e das coisas utilizadas para o incorporação mesmo que não lhe pertençam, *“o que conduz a identificar na titularidade do seu autor poderes de facto sobre o terreno e o implante, logo uma situação equivalente à de posse”*⁸⁷.

3.2. Jurisprudência

A tendência dos tribunais portugueses quanto a esta questão tem sido a de adoptar a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO.

É o caso do acórdão do STJ de 29 de Janeiro de 2004⁸⁸, segundo o qual, enquanto a acessão não for exercida, existem duas propriedades distintas sobre o prédio – uma sobre o solo e outra sobre o implante. Na esteira do autor, o STJ afirma que *“o dono do implante «exerce totalmente os poderes de facto que são conteúdo da propriedade, e da mesma forma exerce os poderes jurídicos que lhe correspondem, podendo inclusivamente arrendar o edifício construído ou alienar o implante»”*.

No mesmo sentido, também temos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Maio de 2009⁸⁹, que entende que até ao exercício da acessão as propriedades mantêm se

⁸⁶ Que neste caso não é nem o dono do terreno, nem o titular das coisas por si utilizadas para a incorporação.

⁸⁷ Cfr. *“Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária”*, pág. 662.

⁸⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Proc. n.º 03B4163).

⁸⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Proc. n.º 133/1994-2).

separadas. Citando OLIVEIRA ASCENSÃO, e acolhendo a sua doutrina, o acórdão afirma que *“cada um dos sujeitos pode exercer, tanto quanto as circunstâncias autorizem, o seu direito, e inclusivamente cedê-lo a outrem. A situação não é anómala para a ordem jurídica portuguesa, nem para a acessão imobiliária, que de várias maneiras se afasta da regra rígida de que tudo o que está dentro dos limites verticais do prédio deve pertencer ao mesmo proprietário”*.

3.3. Posição adoptada

A posição de OLIVEIRA ASCENSÃO suscita algumas reservas pois, na verdade, o direito que assiste ao autor da incorporação, de acordo com esta posição, não se trata verdadeiramente de um direito de propriedade mas antes de um direito de superfície. Na verdade, até ao momento da aquisição da propriedade por acessão, o que sucede é que o autor do implante está a manter a obra, sementeira ou plantação em terreno alheio pois, de outra forma, o autor do implante estaria a interferir na esfera jurídica do dono do terreno. Assim, não há duas propriedades distintas mas dois direitos distintos – o direito de propriedade do dono do terreno e o direito de superfície do autor da incorporação.

Para além disso, esta posição assumida pelo autor parece estar em incongruência com a tese defendida pelo mesmo quanto à forma de aquisição da propriedade por acessão. Relembrando o que foi referido *supra*, OLIVEIRA ASCENSÃO foi pioneiro em defender que a aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária é potestativa. Ora, se o autor entende que entre o momento da incorporação e o momento da manifestação de vontade de aquisição coexistem dois direitos distintos, isso significa que com a incorporação já ocorreu uma consequência jurídica que é a constituição do direito de superfície sobre o terreno.

Acresce que estando-se no âmbito dos direitos reais tem de se respeitar o princípio da tipicidade nos termos previstos no n.º 1 do art. 1306.º do Código Civil – *“não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei”* – pelo que a constituição do direito de superfície a favor do autor da incorporação nunca poderia ser automática mas sim

constituída através de um dos meios previstos no art. 1528.º, ou seja, contrato, testamento, usucapião ou alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente de propriedade do solo.

As mesmas críticas valem em relação à posição de JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ.

A solução apresentada por CARVALHO FERNANDES contorna as dificuldades suscitadas pelas duas teses anteriores, sendo a mais coerente com o fenómeno da acessão industrial imobiliária. Segundo o autor, entre o momento da incorporação e o da aquisição da propriedade, o dono do terreno mantém o seu direito de propriedade bem como a sua posse em relação ao terreno, sendo que o autor da incorporação é mero possuidor quer do terreno, quer do implante.

De facto, para que possa proceder à construção do implante, o autor do mesmo terá de assumir a posse do terreno pois de outra forma não seria possível proceder à incorporação. Também não é possível concluir que a partir desse momento, o autor do implante passa a ser o proprietário do mesmo, pois como vimos, isso traduzir-se-ia numa constituição automática de um direito real (*maxime* direito de propriedade), não prevista na lei, o que contraria o disposto no n.º 1 do art. 1306.º do Código Civil, pelo que até ao momento da aquisição por acessão, permanece possuidor da incorporação.

4. A relevância do pagamento na aquisição da propriedade por acessão

4.1. O modo de pagamento

Acolhendo a tese da aquisição potestativa referida *supra*, podemos constatar que o momento do pagamento tem importância em todo o processo de aquisição da propriedade por acessão.

Como vimos, é a própria lei, nos arts. 1340.º n.ºs 1 e 3 e 1343.º, que estabelece uma correlação entre o momento do pagamento e o momento da aquisição ao referir que o beneficiário da acessão “*adquire a propriedade (...) pagando*”, ou que adquire “*com*

obrigação de indemnizar”, ou ainda que” *“pode adquirir a propriedade do terreno ocupado (...) pagando”*.

Surge, então, a questão de saber como e quando se deve proceder a esse pagamento: será esse momento uma condição para a concretização do direito do beneficiário da acessão ou a efectivação da aquisição não está dependente do pagamento de uma contrapartida?

Em anotação ao acórdão do STJ de 2 de Fevereiro de 1973⁹⁰, VAZ SERRA fala da relevância do pagamento da indemnização na transmissão do direito de propriedade na acessão. Ao fazer depender a transmissão da propriedade do pagamento da prestação pecuniária exigida pela lei e da reparação dos prejuízos, constitui uma forma de protecção do dono do terreno, pois está se a garantir que esse pagamento e reparação serão efectivamente realizados. Assim, o autor considera que *“a sentença [deve] tornar dependente destes factos a transmissão da propriedade, ou fixar o tribunal ao autor um prazo para consignar em depósito a sua prestação, só depois dessa consignação podendo ser julgada procedente a acção”*⁹¹.

Para a definição do modo e momento do pagamento, podem os interessados recorrer à via judicial. OLIVEIRA ASCENSÃO considera ser mesmo inevitável o recurso aos tribunais nos casos de acessão industrial imobiliária, onde *“a manifestação de vontade, só por si, não permitirá nomeadamente as alterações que em consequência se pretendam fazer no registo predial”*⁹² e pode também suceder que as partes não cheguem a acordo quanto ao montante da indemnização a pagar.

Contudo, levanta-se o problema de o ordenamento jurídico português não permitir a existência de sentenças condicionais. A sentença condicional é *“aquela que só impõe a sua eficácia ou procedência à posterior verificação de um evento futuro e incerto”*⁹³, o que não se coaduna com os princípios de certeza, de confiança e de segurança impostos pelo nosso sistema jurídico. Se assim fosse, estaríamos perante a realização de uma aquisição sem a

⁹⁰ Cfr. *“Revista de Legislação e Jurisprudência”*, 107.º ano – 1974-1975, n.ºs 3514-3537, Coimbra Editora, Coimbra 1975, págs. 41 a 48.

⁹¹ Cfr. *“Revista de Legislação e Jurisprudência”* (...), págs. 47.

⁹² Cfr. *“Acessão”* (...), pág. 344.

⁹³ Cfr. Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2013 (Proc. n.º 2424/07.3TBVCD.P1.S1), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

contrapartida do pagamento exigido legalmente. Não se poderia permitir que *“a sentença, destinada a pôr fim ao processo, se pudesse envolver numa dubiedade (...) o juiz há-de dizer o direito de uma forma real e manifesta, isto é, com exactidão e firmeza, de forma a trazer a quietude social preconizada por um Estado de Direito”*⁹⁴.

Deparando-se com esta problemática, OLIVEIRA ASCENSÃO sugere a aplicação analógica do art. 830.º n.º 3 do Código Civil⁹⁵, segundo o qual, quando ao obrigado for permitido invocar a excepção de não cumprimento para alcançar a sua pretensão, deve o tribunal fixar um prazo para o requerente consignar em depósito a prestação sob pena de improcedência da acção.

Segundo o autor, *“esta ratio é inteiramente aplicável ao caso da acessão. Também aqui a vitória da pretensão do autor está dependente duma prestação da sua parte. Há pois a base suficiente de analogia que nos permite encontrar a solução deste caso”*⁹⁶.

QUIRINO SOARES aplica três soluções distintas para os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 1340.º.

Em relação ao n.º 1, o autor adopta a mesma posição que OLIVEIRA ASCENSÃO, no sentido de que dependendo a concretização do direito do beneficiário do pagamento da indemnização, tendo os intervenientes recorrido à via judicial, o juiz terá de fazer depender a procedência do pedido da prestação exigida pela lei.

Contudo, o autor sugere, em alternativa, a aplicação analógica do art. 28.º n.º 5 do DL n.º 385/88, de 25 de Outubro⁹⁷ de acordo com o qual perante o exercício judicial do direito de preferência no caso de venda ou dação de cumprimento do prédio arrendado *“o preço será pago ou depositado dentro de 30 dias após o trânsito em julgado da respectiva sentença, sob pena de caducidade do direito e do arrendamento”*. QUIRINO SOARES considera ser esta a opção mais adequada, uma vez que ao aplicar-se a forma processual defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO, o juiz teria optar por uma de duas soluções: ou exige a consignação em depósito

⁹⁴ Cfr. Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2013.

⁹⁵ Que corresponde ao actual art. 830.º n.º 5, de acordo com a alteração feita pelo DL n.º 379/86, de 11 de Novembro.

⁹⁶ Cfr. *“Acessão”* (...), pág. 345.

⁹⁷ Que actualmente corresponde ao art. 31.º n.º 6 do DL n.º 294/2009 de 13 de Outubro, que revogou o DL n.º 385/88 de 25 de Outubro.

antes da decisão sobre a procedência ou improcedência da acção, tendo neste caso de dividir a sentença em duas partes, “*pois a fixação da indemnização ao dono do terreno é assunto indeclinável da sentença de mérito*”⁹⁸; ou após proferir sentença no sentido da procedência do pedido, o juiz estabelece um prazo dentro do qual o requerente terá de consignar em depósito a indemnização “*e, neste último caso, é mais correcto falar em caducidade (cfr. o citado n.º 5 do art. 28.º, do DL n.º 385/88) de um direito já reconhecido (no caso de falta de pagamento) do que em improcedência (cfr. referido n.º 5, do art. 830.º) de um pedido antes declarado procedente*”⁹⁹.

Quanto ao n.º 2 do art. 1340.º, o juiz deve apreciar se estão reunidos todos os pressupostos para a sua aplicação, analisando os elementos factuais e jurídicos, e só após a sentença é que se procede à licitação.

Neste processo de licitação apenas podem participar os intervenientes na acessão, ou seja, o proprietário do solo e o autor da incorporação. Encontrado o licitante vencedor, terá de se proceder ao cálculo da indemnização, e só após o pagamento da mesma, que por norma será realizado no próprio acto da licitação, é que ocorrerá a entrega do prédio.

Porém levanta-se uma questão aparentemente não resolvida pela lei: e se nenhum dos intervenientes quiser licitar? Esta problemática já foi abordada no ponto 2. deste estudo, para lá remetemos.

No que diz respeito ao n.º 3 do art. 1340.º, como vimos anteriormente¹⁰⁰, QUIRINO SOARES entende que neste preceito - segundo o qual “*as obras, sementeiras ou plantações pertencem ao dono do terreno, com obrigação de indemnizar*” - o legislador optou por consagrar uma aquisição automática de acordo com o princípio *superficies solo cedit*, pelo que neste caso a aquisição do direito de propriedade não está dependente do pagamento da indemnização, antes faz surgir a obrigação desse pagamento¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. “*Acessão e Benfeitorias*”(…), pág. 26, nota de rodapé 98.

⁹⁹ Cfr. “*Acessão e Benfeitorias*”(…), pág. 26, nota de rodapé 98.

¹⁰⁰ Pág. 8 deste estudo.

¹⁰¹ Contudo isso não significa que não haja juros de mora a contar desde a sentença em 1ª instância. Para além disso, em caso de reivindicação, o interventor pode recorrer ao direito de retenção nos termos dos arts. 754.º e seguintes do Código Civil.

4.2. Jurisprudência

No acórdão de 4 de Abril de 1995¹⁰², o STJ entendeu que o pagamento do valor do prédio antes da incorporação “*deve ser tido como um dos «factos» de cuja verificação depende a aquisição do direito, além de se não mostrar razoável que o dono do terreno fique privado do respectivo direito de propriedade sem estar pago o seu valor ou garantido, pelo menos, esse pagamento*”.

Este pagamento funciona como condição suspensiva da transmissão do direito de propriedade, tendo eficácia retroactiva desde o momento da incorporação.

O Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 24 de Janeiro de 2002¹⁰³, aborda a questão da inexistência de previsão legal quanto ao depósito prévio do preço devido no âmbito da acessão industrial imobiliária.

Recordando a discussão doutrinal, o acórdão menciona a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO que defende a aplicação analógica do art. 830.º n.º 5 do Código Civil, e a posição de QUIRINO SOARES que apesar de concordar com o recurso à analogia, entende ser mais correcto a aplicação analógica do art. 28.º n.º 5 do DL n.º 385/88, de 25 de Outubro¹⁰⁴.

O tribunal entendeu que tendo em conta a especificidade do caso concreto no qual “*o montante da indemnização só se define por via da sentença final de mérito, o princípio da adequação formal aponta no sentido da aplicação, na espécie de solução análoga à prevista do n.º 5 do artigo 28.º do DL n.º 385/88, de 25 de Outubro*”¹⁰⁵.

¹⁰² Disponível em <http://www.dgsi.pt> (Proc. n.º 086096).

¹⁰³ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*”, Ano XXVII, Tomo I - 2002, págs. 87 a 94.

¹⁰⁴ Que, como já vimos, corresponde actualmente ao art. 31.º n.º 6 do DL n.º 294/2009 de 13 de Outubro, que revogou o DL n.º 385/88 de 25 de Outubro.

¹⁰⁵ Cfr. “*Colectânea de Jurisprudência*” (...), pág. 92.

4.3. Posição adoptada

Sendo o pagamento uma fase crucial na aquisição da propriedade por acessão, importa, de facto, definir o modo e o momento da sua realização.

Quanto à doutrina referida, não é possível acompanhar QUIRINO SOARES na diferenciação que faz entre o n.º 1 do art. 1340.º e o n.º 3, pois como vimos *supra*, o autor segue uma posição intermédia quanto ao momento de aquisição da propriedade na acessão não inteiramente coincidente com a adoptada por este estudo, pelo que entendo ser mais adequada a solução apresentada por OLIVEIRA ASCENSÃO, que defende a aplicação analógica do art. 830.º n.º 5 do Código Civil¹⁰⁶.

QUIRINO SOARES apesar de concordar com o recurso à analogia, entende que o preceito mais adequado para aplicar analogicamente ao caso da acessão será, o actual, art. 31.º n.º 6 do DL n.º 294/2009, de 13 de Outubro.

Podemos concluir, portanto, que há uma lacuna legal quanto à questão de saber em que termos se processa o pagamento na aquisição da propriedade por acessão, e que o melhor método para colmatar essa lacuna será o recurso à analogia, restando apenas saber se a solução passa pelo art. 830.º n.º 5 do Código Civil, ou pelo art. 31.º n.º 6 do DL n.º 294/2009, de 13 de Outubro.

A meu ver, a posição apresentada por QUIRINO SOARES quanto a esta questão em pouco ou nada difere da defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO, pois trata-se de uma questão meramente formal que se prende com o facto de o primeiro autor considerar ser mais correcto falar em caducidade e não em improcedência da acção.

Não obstante, entendo que o disposto no art. 830.º n.º 5 do Código Civil se enquadra melhor no contexto da acessão, não só pelos motivos que o autor apresenta, mas também

¹⁰⁶ Este preceito tem sido alvo de debate na doutrina e na jurisprudência. Tem-se discutido em que momento deve o autor efectuar a consignação em depósito – se antes ou depois de proferida a sentença final. Na doutrina, ALMEIDA COSTA (posição minoritária) entende que a fixação do momento da consignação do depósito deve ser feita na sentença final, sendo que esse prazo só se começa a contar a partir do trânsito em julgado dessa sentença. Contudo, a jurisprudência maioritária e alguma doutrina, nomeadamente GALVÃO TELLES, tem entendido que o depósito deve ser realizado antes de proferida a sentença que conheça do mérito da causa.

porque, e agora citando as palavras de ALMEIDA COSTA, neste preceito “*a improcedência não se reporta ao momento declarativo da tutela do autor, mas sim à acção executiva que, porventura, promova sem a consignação em depósito da prestação que lhe incumbe realizar*”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. “*Anotação*” ao acórdão do STJ de 1 de Julho de 1999, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.ºs 3910-3921, 133.º ano, Coimbra Editora, 2002, pág. 255.

Conclusão

Analisando tudo o que foi exposto é inegável que a autonomia privada tem o seu papel a desempenhar no âmbito da acessão industrial imobiliária.

Não obstante o legislador ter estipulado no regime da acessão quem é o beneficiário do direito potestativo, nada impede que os intervenientes acordem solução diferente, pois o que se pretende é resolver a situação de incerteza em que se encontram o terreno e a incorporação tendo em consideração os interesses de ambas as partes. Não se vêem motivos para considerar que o legislador nos arts. 1339.º a 1343.º consagrou um regime rígido e imperativo. Desde que se resolva a situação de indefinição tutelando a propriedade privada e que não ocorram enriquecimentos injustificados à custa de outrem, podem as partes recorrer à autonomia privada.

Por conseguinte, quando a lei determinar que o beneficiário da acessão é o autor da incorporação, pode o mesmo decidir que não quer exercer o direito potestativo que lhe assiste, e o mesmo se aplica aos casos em que de acordo com a lei o beneficiário é o dono do terreno.

Contudo, apesar da função significativa que a vontade desempenha no instituto da acessão, não é este o factor determinante para a aquisição da propriedade de acordo com este instituto, ou seja, não basta que o beneficiário da acessão manifeste a sua vontade para que adquira a propriedade, é necessário que ocorra o pagamento.

Quando o art. 1317.º diz que na acessão o momento da aquisição da propriedade é o da “*verificação dos factos respectivos*”, temos que entender que os factos aqui mencionados não se tratam apenas da incorporação, nem da manifestação de vontade no sentido de adquirir por acessão, mas também do pagamento da prestação devida. O pagamento da indemnização é o factor que concretiza todo este processo de aquisição da propriedade por acessão.

É também esta a conclusão de JOSÉ ALBERTO VIEIRA, segundo o qual “*o momento do facto respectivo na acessão industrial é o momento do pagamento da indemnização legal ao titular do crédito indemnizatório. Somente com esse pagamento o beneficiário da acessão adquire a propriedade da coisa unida ou misturada*”¹⁰⁸, e de CARVALHO FERNANDES quando

¹⁰⁸ Cfr. “*Direitos Reais*” (...), pág. 711.

afirma que “o exercício do direito potestativo (...) tem a sua eficácia condicionada, por força da lei, a esse pagamento, não fazendo sentido, também, que a aquisição de direito opere antes do pagamento”¹⁰⁹.

De outra forma, seria profundamente injusto privar o dono do terreno da sua propriedade sem ver, simultaneamente, a sua esfera jurídica a ser compensada com o pagamento da indemnização.

Tudo isto leva-me a questionar se estaremos apenas perante um direito potestativo no que diz respeito à aquisição do direito de propriedade por acessão, uma vez que concluímos que não basta a simples manifestação de vontade para adquirir por acessão pois, na verdade, é necessária a verificação de uma sequência de eventos (*maxime* o pagamento da prestação pecuniária) para que a constituição do direito de propriedade se verifique.

Destarte, o regime da acessão industrial imobiliária não confere ao seu beneficiário apenas um direito potestativo de adquirir. De facto, na sua esfera jurídica nasce uma situação semelhante à da expectativa jurídica, que segundo CARVALHO FERNANDES, consiste na “situação juridicamente relevante de tutela de interesses durante o curso de constituição (ou aquisição) de um direito cuja constituição (ou aquisição) depende de um facto complexo de produção sucessiva”¹¹⁰.

A presença de ambas as situações jurídicas activas na mesma esfera jurídica em relação ao mesmo objecto não cria incompatibilidade entre si uma vez que a expectativa jurídica, ainda que autónoma, é instrumental relativamente a outra situação jurídica activa¹¹¹. A sua função consiste em tutelar a posição do expectante, procurando evitar que ocorram

¹⁰⁹ Cfr. “Lições de Direitos Reais” (...), pág. 350.

¹¹⁰ Cfr. “Teoria Geral do Direito Civil”, vol. 2, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 634.

¹¹¹ Neste sentido, cfr. MARIA RAQUEL A. ANTUNES REI, “Da expectativa jurídica”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, I, 1994, pág. 178: “A expectativa jurídica é uma situação jurídica autónoma, diferente do direito subjectivo; A expectativa jurídica caracteriza-se pela sua índole instrumental em relação a outra situação jurídica activa («maxime» a um direito subjectivo)”.

perturbações durante o curso do facto complexo de produção sucessiva que constitui o direito¹¹².

Assim, concluo que a vontade na acessão industrial imobiliária no ordenamento jurídico português, embora essencial, não é o factor determinante da aquisição do direito de propriedade, não basta o exercício do direito potestativo por parte do seu titular, pois o factor que consagra tal aquisição é o pagamento da prestação pecuniária.

¹¹² Neste sentido, cfr. CARVALHO FERNANDES, *“Teoria Geral do Direito Civil”*, vol. 2 (...), pág. 635: *“Nos casos de aquisição dependente de facto complexo, embora o direito subjectivo, não haja ainda sido adquirido, existe já uma situação preliminar, um «embrião de direito», a que a norma jurídica atribui, por vezes, alguma protecção em favor do titular do interesse correspondente”*.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Direito Civil: Reais*”, 5.^a edição, Coimbra Editora, 1993;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*O Direito: Introdução e Teoria Geral*”, 13.^a edição, Almedina, 2006;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Acessão*”, in *Scientia Iuridica*, Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira, Tomo XXII, n.º 122-125, Maio/Agosto de 1975;
- CORDEIRO, António Menezes, “*Direitos Reais*”, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979;
- CORDEIRO, António Menezes, “*Tratado de Direito Civil Português*”, vol. 1, Tomo I, 3.^a edição, Almedina, Outubro 2007;
- COSTA, Mário Júlio Almeida, “*Anotação*” ao acórdão do STJ de 1 de Julho de 1999, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.º 3910-3921, 133.º ano, Coimbra Editora, 2002;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, “*Direito das Obrigações*”, 12.^a edição, Almedina, Novembro 2009;
- DUARTE, Rui Pinto, “*A jurisprudência portuguesa sobre acessão industrial imobiliária – algumas observações*”, in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano III, n.º 5, 2002;
- DUARTE, Rui Pinto, “*Curso de Direitos Reais*”, 2.^a edição, Principia;
- DUARTE, Rui Pinto, “*Dois apontamento sobre a acessão*” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Henrique Mesquita*, Coimbra Editora 2009;
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, “*Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária*”, in *Estudos em honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008;
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, “*Lições de Direitos Reais*”, 6.^a edição, Quid juris;
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, vol. 1 e 2, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007;
- GOMES, Júlio, “*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*”, 1998;

- GONÇALVES, Augusto da Penha, “*Curso de Direitos Reais*”, 2.^a edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1993;
- GONZÁLEZ, José Alberto, “*Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*”, 4.^a edição, Quid Juris, 2009;
- JUSTO, A. Santos, “*Direitos Reais*”, Coimbra Editora, 2007;
- LEITÃO, Luís M. Telles Menezes, “*Direitos Reais*”, Almedina, Setembro 2009;
- LIMA, Fernando A. Pires/VARELA, João de Matos Antunes, “*Código Civil: anotado*”, Vol. III, Coimbra Editora, 2.^a edição, 1987;
- MARTINS, António Carvalho, “*Acessão*”, Coimbra Editora, 1992;
- REI, Maria Raquel A. Antunes, “*Da expectativa jurídica*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, I, 1994;
- SERRA, Vaz, “*Anotação*” ao acórdão do STJ de 16 de Julho de 1974, in Revista de Legislação e Jurisprudência n.ºs 3553 e 3554, 108.º ano, Coimbra Editora, 1976;
- SANTOS, Elsa Sequeira, “*A aquisição por acessão é potestativa?*” in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, Outubro 2008;
- SOARES, Quirino, “*Acessão e Benfeitorias*”, Separata dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano IV, Tomo I, 1996;
- TELLES, Inocêncio Galvão, “*Direito das Obrigações*”, 7.^a edição, Coimbra Editora, Abril de 2010;
- VARELA, Antunes, “*Anotação*” ao acórdão do STJ de 17 de Março de 1998, in Revista de Legislação e Jurisprudência n.ºs 3905/3906 e 3907/3908, 132.º ano, Coimbra Editora, 2000;
- VIEIRA, José Alberto C., “*Direitos Reais*”, Coimbra Editora, 2008;